Römer

<36634218910014

Sammlung
der
Entscheidungen
des
Oberappellationsgerichts zu Lübeck
in
Frankfurter Rechtssachen
mit Berücksichtigung
der Erkenntnisse der früheren Instanzen.

Herausgegeben
von
Dr. Joh. Jac. Römer
Adv. ord.

Erster Band.

Frankfurt a. M.
Ferdinand Boselli.
1854.

Druck von Heinrich Ludwig Brönner in Frankfurt am Main.

Vorwort.

Seit einer Reihe von Jahren war es der lebhafte Wunsch vieler Rechtsgelehrten, die Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis durch Veröffentlichung der in Frankfurter Rechtssachen ergangenen Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck in allgemeinerer Weise, als bisher, kennen zu lernen. Es sollte vor Allem das subjektive Verarbeiten des Stoffes insofern vermieden werden, daß es nicht zu einer wenigstens scheinbaren Theorie führt und den Nachtheil entstehen läßt, daß der einfache Rechtssatz in den Hintergrund tritt und in einem Conglommerat einzelner Rechtsfälle mehr und mehr verschwindet. Es waren deßhalb Urtheile und Entscheidungsgründe möglichst vollständig mitzutheilen: nur thatsächliche Fragen, wie z. B. ob eine Einrede gehörig circumstantiirt sei, — ob die Zeugenaussagen das und das Ergebniß liefern u. s. w. konnten und mußten wegbleiben. Der Leser wird dagegen durch eine kurze Geschichtserzählung, soweit nothwendig, mit den, dem Prozesse zu Grunde liegenden Thatsachen bekannt gemacht. Es werden dann, statt die einzelnen Rechtsfragen der Entscheidungen durch Nummern zu trennen, wie dies vom Oberappellationsgericht geschieht, diese, durch summarische Inhaltsangaben ersetzt, dem Praktiker einen Anhaltspunkt gewähren, wo er Stoff für analoge Rechtsfälle finden kann. Die Berücksichtigung der Entscheidungen der bei-

den vorderen Instanzen wird der Sammlung nur zum Vortheil gereichen. Aber auch dadurch, daß in den wenigen Fällen, in denen das hiesige Particularrecht von dem gemeinen Rechte abweicht, der Wortlaut des betreffenden Particulargesetzes angegeben werden wird, soll die Sammlung über das Weichbild unserer Stadt hinaus praktischen Nutzen gewähren.

Das erste Heft enthält die sämmtlichen Entscheidungen des Jahres 1853; die folgenden Hefte werden die Entscheidungen des laufenden und des von 1853 an immer zunächst vorhergegangenen Jahres mittheilen, so daß ein Band von circa 30—35 Bogen die vollständigen Entscheidungen von 3—4 Jahren enthält.

Mit Dank muß der Unterzeichnete erwähnen, daß nicht nur das Appellationsgericht zufolge Decrete vom 21. u. 28. April d. J. das Unternehmen durch Willfahrung von Akteneinsichten und Aktenabschriften begünstigt hat, sondern auch sämmtliche Anwälte durch bereitwillige Mittheilung ihrer Manualakten die Arbeit befördert und erleichtert haben.

Frankfurt a. M., im Mai 1854.

Dr. Joh. Jac. Römer.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1853.

I.

Babette A., geb. M. dahier, Klägerin

contra

ihren Ehemann Joh. Jost Justus A. dahier, Beklagten.

A. wurde wegen Unterschlagung u. s. w. zu einer Zuchthausstrafe von 1 Jahr verurtheilt. Auf Grund dieser Strafe klagte dessen Ehefrau, die katholisch ist, auf Trennung von Tisch und Bett.

Das Stadtgericht wies unter dem 4. Febr. 1852 die Klage angebrachter Maßen ab.

Das Appellationsgericht erkannte auf Appellation der Klägerin unter dem 7. Mai 1852 eine Trennung von Tisch und Bett und Wohnung auf zwei Jahre, sprach der Klägerin die Erziehung des Kindes und einen von dem Beklagten zu leistenden Alimentationsbeitrag für das Kind und die Klägerin zu.

Das Oberappellationsgericht bestätigte unter dem 17. Jan. 1853 das vorhergegangene Erkenntniß, es sei denn, daß Beklagter beweisen könne, „daß Klägerin ihm bei seinem Weggange von Frankfurt nach Marienschloß versprochen habe, daß sie ihn bei seiner Rückkunft von dort wieder bei sich aufnehmen werde".

1. Zuchthausstrafe als Ehescheidungsgrund.

Der Beklagte hat die Anwendbarkeit des § 15 sub 5 des Gesetzes vom 19. Nov. 1850 aus dem Grunde bestritten, weil die gegen ihn rechtskräftig ausgesprochene Verurtheilung zu einer einjährigen Zuchthausstrafe keine schwere peinliche Strafe im Sinne des angeführten Gesetzes sei; so konnte dieser Einwand

nicht für begründet erachtet werden; denn da die Zuchthausstrafe die schwerste Gattung der Freiheitsstrafen ist, welche man überall in Frankfurt kennt, so hat es schon deshalb Alles für sich, diese Strafe, ganz ohne Rücksicht auf deren Dauer, zu den schweren peinlichen Strafen zu rechnen. Hierzu kommt noch, daß im vorliegenden Falle auch die einjährige Dauer der erkannten Strafe, wenn dies in Betracht zu ziehen wäre, keineswegs für eine besonders kurze gehalten werden könnte, da, wie dem Oberappellationsgerichte aus an dasselbe gelangten Frankfurter Untersuchungssachen bekannt ist, es auch dort vorkommt, daß Zuchthausstrafe auf viel kürzere Zeit, z. B. auf nur 6 Monate verhängt wird.

Das Stadtgericht erkannte: In Erwägung, daß

3. das Gesetz vom 19. Nov. 1850 die bürgerliche Ehe betreffend — im § 15 unter den Ehescheidungsgründen die Verurtheilung zu einer schweren peinlichen Strafe aufführt, als eine solche aber die den Beklagten betroffen, nicht zu betrachten ist, daß auch

4. die gedachte Bestrafung eben so wenig einen hinreichenden Grund für die von der Klägerin beantragte Scheidung von Tisch und Bett abzugeben vermag.

Das Appellationsgericht erkannte: In Erwägung, daß

1. auch ganz abgesehen von der Frage: In wiefern eine einjährige Zuchthausstrafe zu den schweren peinlichen Strafen zu zählen sei, indem es mehr auf den Charakter des Verbrechens, als auf die Dauer der Strafe ankommt, daß jedoch

2. das von dem Beklagten begangene Verbrechen der Veruntreuung ihm anvertrauter Gelder und des Eidbruches jedenfalls das unentbehrliche Vertrauen der Klägerin zu ihrem verurtheilten Ehemanne schwächen muß und dem Begriffe der Treue zuwider ist, somit den Zweck der Ehe, die vollkommene Gemeinschaft des Lebens jedenfalls stört, daß aber hiernach

3. der Antrag der Klägerin auf Ehescheidung, jedoch nur zunächst auf eine zeitweise gegründet erscheint, da der Ablauf einiger Zeit beiden Ehegatten Gelegenheit geben wird — dem Beklagten, durch Fleiß und redlichen Erwerb sich eine Existenz zu gründen und sich hierdurch die verlorene Achtung wieder zu gewinnen, und der Klägerin, die Verhältnisse nach Umständen zu prüfen.

2. Der Antrag auf separatio perpetua von Seiten der katholischen Parthei schließt den Antrag auf Trennung der Ehe in bürgerlicher Hinsicht in sich.

Eben so wenig kann es aber der Anwendbarkeit des angezogenen Gesetzes entgegenstehen, daß hier nicht auf gänzliche Scheidung, sondern nur auf **separatio perpetua** geklagt worden. Da nämlich die Klägerin schon in der Klagschrift ausdrücklich bemerkt hat, daß dies nur deßhalb von ihr geschehe, weil sie Katholikin sei und daher nach den Grundsätzen ihrer Kirche nicht auf Ehescheidung klagen könne, so hätte dies nur die Folge haben dürfen, daß, ungeachtet des nicht darauf gerichteten Antrags der Klage, das erkennende Gericht die zwischen den streitenden Ehegatten bestehende Ehe in bürgerlicher Hinsicht zu trennen und dadurch der Klägerin materiell dasjenige zu gewähren hatte, was sie bei ihrer Klage bezweckte, ohne auf der andern Seite dem Ehemanne zu nahe zu treten.

3. Rechtskraft des vorigen Urtheils.

Konnte nach dem Bisherigen es nun zwar nicht für richtig gehalten werden, daß die vorigen Richter auf eine temporäre Trennung der Ehegatten erkannt und von der Vorschrift sub 5 des § 15 cit. ganz abgesehen haben, so durfte eine Wiederaufhebung dieser Entscheidung doch nicht erfolgen, weil sich die Klägerin bei derselben beruhigt hat und auch der Beklagte sich nicht etwa darüber beschwert, daß nicht statt der zweijährigen Trennung auf gänzliche Scheidung erkannt sei, sondern vielmehr beantragt, daß seine Frau mit ihrer Klage ganz abgewiesen werde; denn da derselbe zugleich den ernstlichen Wunsch ausspricht, mit der Klägerin ferner als seiner Ehefrau zu leben, so ist wohl anzunehmen, daß ihm eine Bestätigung der angefochtenen Entscheidung erwünschter ist, als eine, die gänzliche Scheidung seiner Ehe aussprechende **reformatoria**, wie sie eigentlich den Rechten gemäß wäre.

4. Einrede der Versöhnung.

Dagegen mußte auf die zweite Beschwerde des Appellanten eingegangen und die Einrede der Versöhnung, wie im Urtheil

geschehen, der Behauptung der Exceptionsschrift gemäß zum Beweis verstellt werden, da kein Grund vorliegt, weßhalb die Klägerin, wenn sie mit Kenntniß der von ihrem Ehemanne begangenen Verbrechen und der deßhalb wider ihn erkannten Strafe demselben versprochen hat, ihn nach seiner Rückkehr aus dem Zuchthause wieder bei sich aufzunehmen, an diese Zusage nicht gebunden sein sollte. Doch hatte sich die Beweisauflage nur auf dasjenige zu erstrecken, was in der Darstellung der Exceptionsschrift sich auf diejenige Zeit bezieht, wo das letzte Straferkenntniß gegen den Beklagten schon abgegeben war; und eben so wenig konnte die duplikarische Behauptung des Beklagten, daß Klägerin ihm in einem vom 31. October 1851 datirten Briefe, also längst nach der Abführung des Beklagten nach Marienschloß, am Schlusse erklärt habe, wenn er frei wäre, wolle sie ihn wieder als ihren Ehemann anerkennen, Berücksichtigung finden, da dieselbe theils verspätet ist, theils sich überall der Sinn einer solchen, aus dem Zusammenhange gerissenen Aeußerung nicht mit Sicherheit beurtheilen läßt, und es überdies nicht einmal wahrscheinlich ist, daß in einem Briefe, von dem der Beklagte selbst anführt, daß er nicht beigelegt werde, weil er in einem allzu gereizten Tone geschrieben sei, die Klägerin ihrem Manne die Zusage gegeben haben sollte, nach seiner Rückkehr aus der Strafhaft wieder mit ihm zusammen zu leben.

II.

Georg Jacobi dahier, Kläger

contra

die Frankfurter Aktien=Gesellschaft für Rhein= und Mainschifffahrt, Beklagte.

Am $^{9}/_{10}$. Juni 1850 wurden dem Handelsmann Georg Jacobi eine Anzahl Aktien der Frankfurter Aktien=Gesellschaft für Rhein= und Mainschifffahrt sammt Coupons und Talons gestohlen. Dies gab Veranlassung, daß Georg Jacobi gegen die genannte

Gesellschaft auf Auszahlung der seit dem Jahre 1849 bei der Gesellschaft nicht erhobenen Dividende klagte, unter dem eventuellen Erbieten zu einer **cautio defensum iri.**

Diese Klage wurde in den drei Instanzen für statthaft nicht erachtet

vom Stadtgerichte am 11. Juni 1852,
vom Appellationsgerichte am 3. Sept. 1852,
vom Oberappellationsgerichte am 20. Jan. 1853.

5. Ein Gläubiger, dessen Forderung in einem Papiere au porteur wurzelt, kann ohne Ablieferung desselben nur dann Zahlung verlangen, wenn ein Grund eintritt, vermöge dessen der Schuldner dem jeweiligen Besitzer des Papieres gegenüber liberirt wird.

Die Dividendenscheine der Aktien der beklagten Gesellschaft lauten lediglich auf den Inhaber. Da nun der Kläger, dem seine Aktien nebst Scheinen gestohlen sind, sich zur Zeit außer Stand befindet, die letzteren auszuliefern und die von ihm nachgesuchte Amortisation ihm abgeschlagen ist, so ist es klar, daß er jedenfalls nicht ohne Weiteres auf Auszahlung der auf seine Aktien kommenden Dividenden klagen kann.

Dies erkennt denn auch der Kläger selbst an, indem er nur verlangt, daß ihm die jetzt bereits fälligen und künftig noch verfallenden Dividenden gegen Bestellung einer **cautio defensum iri** ausbezahlt werden. Allein auch dieser Antrag ist von den vorigen Gerichten mit Recht zurückgewiesen worden.

Bekanntlich gibt es über die rechtliche Natur der auf den Inhaber lautenden Papiere verschiedene Ansichten, die im Wesentlichen darin bestehen, daß während Einige die Forderung selbst an den Besitz des Papiers binden, Andere diesen Besitz nur als Bedingung der Ausübung der Forderung auffassen. Dunker in der Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. 5 p. 30 ff. Thöl, Handelsrecht, Thl. I. p. 187, (2te Ausgabe). Gerber, deutsches Privatrecht, §. 160 (2te Ausg.).

Wäre nun die erstere Ansicht die richtige, so könnte über den Ungrund des klägerischen Verlangens gar kein Zweifel sein, da ja

dann mit dem Besitze der Dividendenscheine jedes Recht auf die Dividenden verloren wäre und die bloße Möglichkeit, mit dem Besitz der Scheine oder in anderer Weise dermaleinst eine Forderung auf die Dividenden wieder zu erlangen, unmöglich genügen kann, die beklagte Gesellschaft zu verpflichten, ihm solche gegen Caution auszuzahlen.

Zu dem gleichen Resultate gelangt man aber, wenn man die zweite Ansicht annimmt, welche auch allerdings mehr für sich haben dürfte.

Zwar folgt aus dieser Ansicht, daß dem Kläger, welcher als ursprünglicher Aktionär der beklagten Gesellschaft von dieser anerkannt ist, und welcher, wie sie ebenfalls nicht bestreitet, die Aktien nebst Coupons durch Diebstahl eingebüßt hat, demungeachtet ein vom Besitze der Papiere unabhängiges Forderungsrecht gegen die Gesellschaft zustehet.

Auch ist es möglich, daß er künftig in die Lage versetzt werden wird, dieses Forderungsrecht geltend machen zu können. Dies würde erstlich dann jedenfalls geschehen, wenn sich ein Inhaber der entwendeten Coupons melden und es dem Kläger gelingen sollte, sie ihm durch den Beweis eines unredlichen oder ganz unentgeltlichen Erwerbs abzustreiten. Gesetz vom 8. Juli 1817 Art. 1 und 3. Es fragt sich zweitens, ob, wenn es ihm gelänge, nachzuweisen, daß die ihm entwendeten Papiere wirklich gänzlich vernichtet seien, er dann nicht mit Erfolg auf den Grund des Art. 4 des Gesetzes vom 8. Juli 1817 einen neuen Antrag auf Amortisation derselben stellen könnte. Zwar redet dieser Artikel nur von Staatspapieren der Stadt Frankfurt. Allein da die ratio der Bestimmung hier ganz allgemein dahin angegeben wird, daß sonst eine Bereicherung mit fremdem Schaden eintreten würde, so dürfte die Erwähnung von nur Frankfurter Stadtobligationen sich daraus erklären, daß damals in Frankfurt noch keine, Papiere au porteur ausgebende Privatgesellschaften bestanden, während über fremde Staatspapiere natürlich nicht verfügt werden konnte. Endlich drittens spricht viel dafür, daß der Kläger auch dann nach Analogie des angeführten Art. 4 zu einem solchen Antrage berechtigt sein würde, wenn seit Fälligwerden der einzelnen Dividenden

die gemeinrechtliche Verjährungszeit abgelaufen wäre, ohne daß sich ein rechtmäßiger Inhaber der entsprechenden Coupons gemeldet hätte.

Allein, wenn man auch annimmt, daß der Kläger auf diesen verschiedenen Wegen dermaleinst in die Lage versetzt werden kann, sein Forderungsrecht gegen die Beklagte geltend zu machen, so gibt ihm dies doch nicht das Recht, schon jetzt Zahlung zu verlangen, gegen eine von ihm zu bestellende **cautio defensum iri.**

Sieht man nämlich

1) auf die Bestimmungen des römischen Rechts, so setzt dieses entweder Fälle voraus, wo bei einem bereits jetzt klagbaren Anspruche es sich nur fragt, welchem von Mehreren, die den Anspruch erheben oder doch erheben können, derselbe zustehe, indem in solchen Fällen es als ein Recht des Schuldners erscheint, den auszuwählen, welchen er gegen eine **cautio defensum iri** befriedigen will, **L. 8 § 3. D. de legatis II**, und demjenigen, zu dessen Befriedigung er bereits verurtheilt ist, nur gegen Stellung dieser Caution das Schuldige zu leisten. **L. 57 D. de heredit. petit. L. 57 D. de rei vend.** oder wenn es auch demjenigen, dem ein Antheil an einer untheilbaren Sache zusteht, das Recht gibt, die ganze Sache gegen Caution wegen des seinen Antheil Uebersteigenden ausgeliefert zu verlangen, so setzt es doch auch dann voraus, daß er ein schon jetzt unstreitiges klagbares Recht auf seinen Antheil habe. **L. 1 § 36 D. depositi.**

Im vorliegenden Falle aber hat der Kläger nicht nur zur Zeit gar keine klagbare Forderung, sondern es steht auch völlig dahin, ob er jemals dasjenige erlangen wird, wodurch die Ausübung jenes Rechts bedingt ist.

2) Wenn der Kläger sich darauf beruft, daß in Frankfurt bei verlorenen Wechseln Zahlung gegen Caution verlangt werden könne, so übersieht er, daß hierbei nach Art. 45 der Frankfurter Wechselordnung vorausgesetzt wird, daß der Aussteller oder Acceptant der Schuld geständig ist, oder dieselbe sonst erwiesen wird, während im vorliegenden Falle das Recht der Ausübung der Forderung durch den Besitz der Coupons bedingt ist. Ueberdies bestimmt die allgemeine deutsche Wechselordnung § 73, daß der

Eigenthümer eines abhanden gekommenen Wechsels erst nach Einleitung des Amortisations-Verfahrens Zahlung gegen Caution fordern kann.

3) Eher ließe sich für den Kläger geltend machen, daß nach der Pfandhaus-Ordnung vom 20. Januar 1739, § 14, Beyerbach, Sammlung der Verordn. p. 223, diejenigen, denen ihre auf den Inhaber lautenden Obligationen oder Pfandscheine verloren gegangen oder entwendet sind, gegen eine genugsame **cautio defensum iri** zur Erhebung ihres Geldes oder Einlösung ihrer Pfänder zugelassen werden sollen. Allein da das Pfandhaus eine öffentliche Staatsanstalt ist, so kann dasjenige, was hier den Gläubigern und Verpfändern eingeräumt worden, nicht wohl ohne Weiteres einer Privat-Aktien-Gesellschaft, wie der Beklagten, gegenüber Anwendung leiden.

Allerdings ist das Resultat dieser Entscheidung für den Kläger ein hartes. Allein wenn dies gleich eine Aenderung der betreffenden Legislation wünschenswerth erscheinen läßt, so vermöchte die bloße Unbilligkeit doch keine Entscheidung zu rechtfertigen, welche in dem bestehenden Rechte keine Stütze findet.

Das Appellationsgericht gründete seine Entscheidung auf die Erwägungen,

1) daß bei Beurtheilung vorliegenden Falles nur die über die Errichtung der Frankfurter Aktiengesellschaft für Main- und Rheinschifffahrt bestehenden Statuten, Anwendung finden können, indem Appellant als Aktionär nach § 28 der Statuten sich den darin enthaltenen Bestimmungen unterworfen hat;

2) daß nach § 11 dieser Statuten die Erhebung der Dividenden nur gegen Auslieferung der dafür ausgestellten, für jeden Vorzeiger gültigen Dividenden-Coupons, welche den Aktien beigefügt sind, geschehen darf, mithin die Auszahlung durch den Besitz der Coupons bedingt ist; daß sonach

3) die Verwaltung der Actiengesellschaft sich großer Verantwortung aussetzen würde, wenn sie dem klaren Buchstaben des § 11 der Statuten entgegen, ohne Auslieferung der Dividenden-

Coupons, die Dividende auszahlen würde, zumal da dem Appellanten nicht gelungen ist, eine Amortisation dieser Dividenden-Coupons zu erwirken,

4) daß selbst auch gegen zu leistende Sicherheit die Zahlung nicht gefordert werden kann, da es der Verwaltung nicht zuzumuthen ist, Zahlung gegen Caution zu leisten und sich alsdann dem Besitzer der Dividenden-Coupons, gegen Votzeigung der letztern, verantwortlich zu machen, in jedem Fall einen Rechtsstreit sich zuzuziehen.

III.

L. K. von Bockenheim, Kläger
contra
den hies. Bürgerssohn C. d. F., Beklagten.

L. K. machte dem minderjährigen C. d. F. hinter dem Rücken seiner Vormünder mehrfache Gelddarleihen. Die Vormünder des letztern zahlten am 15. Sept. 1843 auch mehrere Posten dieser Darleihen im Betrage von fl. 238. 36 kr. an K. zurück, bei welcher Gelegenheit dieser erklärte, Nichts weiter zu fordern zu haben. Als d. F. großjährig war, forderte K. nun noch den Betrag von fl. 1600, welche bereits am 1. Januar 1843 fällig gewesen seien. D. F. im Monat Mai 1851 zur Rückzahlung des Darlehns gemahnt, habe dem K. nicht nur die Bezahlung auf den 26. Mai zugesichert, sondern einem Beauftragten des K. gegenüber erwiedert, K. solle sein Geld erhalten. In Bezug auf den letztern Punkt behauptet d. F. nur unter Voraussetzung eines noch unbezahlten Darlehens und einer wirklich vorhandenen Schuldverbindlichkeit das Versprechen einer Zahlung geleistet zu haben.

Das Stadtgericht erkannte am 12. April 1852, Beklagter hat innerhalb noch anzusetzender Frist

2. dem Kläger den Betrag von fl. 1600 zu bezahlen,

3. Kläger vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun, „daß ihm Beklagter die Verzinsung des Darlehns mit jährlich 4% Zinsen vom 1. Jan. 1843 zugesagt habe," worauf der Zinsen und Kosten wegen weitere Verfügung erfolgen wird.

Auf Appellation des Beklagten hob das Appellationsgericht am 7. Juli 1852 unter Compensation der Kosten dieses Erkenntniß sub 2 und 3 auf, liberirte den Kläger von jeder Zinsenzahlung und erkannte weiter:

Kläger hat innerhalb einer von dem Stadtgericht anzuberaumenden Frist zu erweisen, daß er dem Beklagten vor dem 1. Jan. 1843 ein auf diesen Tag rückzahlbares baares Darlehn von fl. 1600 gegeben und der Beklagte nach erlangter Großjährigkeit dieses Geschäft ratihabirt habe.

2. dem Beklagten bleibt der Gegenbeweis, namentlich dahin vorbehalten, daß die Ratihabition eine unbedingte nicht gewesen sei.

Auf Oberappellation des Klägers bestätigte das Oberappellationsgericht am 20. Jan. 1853 das zweitinstanzliche Urtheil, jedoch wird der dem Kläger auferlegte Beweis dahin abgeändert, daß derselbe alternativ zu beweisen habe, entweder, daß er dem Beklagten darlehnsweise vor dem 1. Jan. 1843 und auf diesen Tag rückzahlbar fl. 1600 baar gegeben oder daß Beklagter im Mai 1851 die Forderung des Klägers von fl. 1600 anerkannt und deren Bezahlung bestimmt versprochen habe.

6. Durch das Versprechen des Großjährigen, die während der Minderjährigkeit gemachten Darlehen zu zahlen, verzichtet derselbe auf die Einrede der Minderjährigkeit. Auslegung einer Aeußerung in einem dem Betreffenden günstigsten Sinne.

Es kommt zunächst Alles auf die Bedeutung an, welche der Aeußerung beizulegen ist, die der Beklagte nach seiner eigenen Angabe in der Vernehmlassung erster Instanz, im Mai 1851 gegen den Dr. D. gemacht hat. Dort heißt es nämlich, Dr. D. habe den Beklagten im Namen des Klägers aufgefordert, das libellirte Darlehn, welches Kläger ihm seiner Zeit gegeben haben wollte, zu bezahlen, und Beklagter habe erwiedert: „Herr K. solle sein Geld erhalten".

Selbst wenn nämlich die in Reform. II. Tit. 1. § 2. enthaltene Bestimmung, daß die Verträge, welche bevormundete, noch nicht volljährige Personen abschließen, „ganz von Unwürden seyndt" nicht mit sämmtlichen Schriftstellern die sich darüber speciell ausgesprochen haben, Orth, Anmerk. Th. I. S. 17., v. Adlerflycht, Bd. I. S. 144., Bender, Handb. S. 95. sub. 1. Souchay, Anmerk. Bd. I. S. 6., dahin zu verstehen wäre, daß solche Verträge s. g. **contractus claudicantes** seien, sondern denselben die Bedeutung, daß sie absolut nichtig seien, beigelegt werden dürfte, wie dies die Ansicht der vorigen Richter zu sein scheint, so würde dieses doch nicht im Wege stehen, ein wirkliches Versprechen, welches der Beklagte nach erlangter Volljährigkeit dem Kläger ertheilt hätte, das darlehnsweise erhaltene Geld zu bezahlen, nach heutigem Rechte für verbindlich und klagbar zu achten. Schwebbe, Röm. Privat-Recht. 3. Ausg. § 507., Thibaut, System rc. 8. Ausg. § 597.

Allein es ist durchaus zulässig, die oben erwähnte Aeußerung des Beklagten nicht als ein Versprechen, die fl. 1600 unbedingt zu bezahlen, sondern in einem, dem Beklagten weniger ungünstigen Sinne aufzufassen, und verdient jede den Verhältnissen entsprechende, demselben minder nachtheilige Auslegung schon deßhalb den Vorzug, weil Liberalitäten nicht zu präsumiren sind. Das natürlichste Verständniß der Worte: „Herr K. rc." ist aber das, daß Beklagter damit zwar nicht einräumen wollte, daß der Kläger ihm die geforderten fl. 1600 wirklich geliehen habe, dagegen aber allerdings beabsichtigte, die Zusage zu geben, daß wenn und so weit sich herausstellen werde, daß Kläger ihm bis zu der angegebenen Summe wirklich Gelddarlehen gemacht habe, er dieselben zurückzahlen, und aus dem Umstande, daß er damals, als ihm das Geld gegeben worden, minderjährig gewesen, keinen Einwand entnehmen wolle. Für diese Auslegung spricht namentlich auch der Umstand, daß nach der Angabe des Beklagten derselbe die mehrerwähnte Erklärung auf die Vorstellung des Dr. O. gegeben hat, daß durch eine öffentliche Verhandlung der Sache der Name des Beklagten beschimpft werden würde. Denn für einen jungen Mann von guter Familie, der auf seinen Ruf Werth legt, kann

es allerdings unwürdig erscheinen, sich der Bezahlung von während seiner Minderjährigkeit wirklich erhaltenen Darlehen deßhalb zu entziehen, weil solche wegen seiner Minderjährigkeit ungültig seien, es kann aber unmöglich für schimpflich gehalten werden, wenn er angebliche Darlehen zu erstatten um deßwillen sich weigert, weil er solche nicht erhalten habe.

Ganz besonders wird aber die obige Auslegung dadurch unterstützt, daß nach der eigenen Darstellung des Klägers in der Replik S. 18, 19 und 21 derselbe nicht, wie es in der Klage den Anschein hat, behauptet, die fl. 1600 dem Beklagten auf einmal geliehen zu haben, vielmehr demselben successive mehrere Darlehen gemacht und über jedes derselben eine besondere Schuldverschreibung erhalten haben will, woraus sich die Gesammtsumme von fl. 1600 herausgestellt habe. Sobald man nämlich hiervon ausgeht, kann es durchaus nicht auffallen, daß Beklagter sich darüber nicht klar war, ob er dem Kläger überall noch für während seiner Minderjährigkeit erhaltene Darlehen etwas schuldig sei, zumal einzelne solcher Darlehen schon von den Vormündern des Beklagten dem Kläger erstattet waren.

Hiernach liegt es dem Kläger allerdings ob, den ersten Theil des ihm vom Appellationsgericht auferlegten Beweises zu liefern; dagegen bedurfte es des zweiten Beweises, daß Beklagter nach erlangter Großjährigkeit dieses Geschäft ratihabirt habe, welchen Beweis die Sent. a qua dem Kläger cumulativ mit dem ersten Beweise aufgelegt hat, nicht, indem derselbe durch das bedingte, in den Worten „Herr K. ꝛc." liegende Zahlungsversprechen, wodurch der Beklagte nach der obigen Ausführung jedenfalls auf die Einrede der Minderjährigkeit verzichtet hat, schon geführt und daher unnöthig geworden ist.

Da sich indessen schon in der Klage die Behauptung findet, daß Beklagter im Monat Mai 1851 die Schuldforderung des Klägers von fl. 1600 anerkannt und deren Bezahlung auf den 26. Mai desselben Jahres zugesichert und versprochen habe, und da, falls eine solche Anerkennung und Zahlungszusage von dem majorennen Beklagten unbedingt ertheilt wäre, darin eine selbst-

ständige Verpflichtung liegen würde, ohne daß es dabei auf den Beweis, daß dem Versprechen eine schon vorher bestehende Verpflichtung des Beklagten zum Grunde gelegen habe, überall noch ankommen könnte, so mußte es allerdings dem Kläger freigestellt werden, ob er statt des Beweises, die Darlehen wirklich gegeben zu haben, es vorzieht, den Beweis jener Behauptung der Klage zu führen. Es waren ihm aber diese beiden Beweise nicht cumulativ, sondern alternativ aufzulegen.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung

3. daß zwar der Beklagte diese Behauptungen der Klage in Abrede stellt, jedoch unter der Rubrik einer Berichtigung des angegebenen Sachverhalts einräumt,

a. daß er während seiner Minderjährigkeit hinter dem Rücken seiner Vormünder von dem Kläger, der damals Kammerdiener seines Bruders gewesen, Gelddarlehen erhalten habe und

b. daß im Mai 1851 Herr Dr. D. Namens des Klägers ihn wegen Rückzahlung des libellirten Darlehns von fl. 1600 gemahnt und er dem Herrn Dr. D. erwiedert habe, K. solle sein Geld erhalten;

4. daß der Beklagte das hiernach gegen den klägerischen Beauftragten erklärte Anerkenntniß und gegebene Zahlungsversprechen der fraglichen Schuld als unwirksam darstellt,

a. weil Kläger ihn im Nichtzahlungsfall mit Prügeln bedroht habe;

b. weil Herr Dr. D. im Nichtzahlungsfalle mit Klage gedroht habe, wodurch der Name des Bekl. verunglimpft würde, da die Sache zur öffentlichen Verhandlung und auf das schwarze Brett käme;

c. weil seine Voraussetzung eines noch unbezahlten Darlehns und einer wirklich vorhandenen Schuldverbindlichkeit keine Bestätigung erhalten, vielmehr die Durchsicht der Vormundschaftsrechnungen ergeben habe, daß der Kläger laut seiner am 15. Sept. 1843 den Vormündern des Beklagten ertheilten Quittung über an ihn zurückbezahlte fl. 238. 36 kr. keine Schuldforderung an den Beklagten mehr gehabt habe;

5. Daß jedoch zu

a. die Drohung des Klägers mit dem in diesem Rechtsstreite gemachten Bekenntnisse des Beklagten während seiner Minderjährigkeit Gelddarlehen von dem Kläger erhalten zu haben, in gar keinem und mit dem gegen Herrn Dr. D. erklärten Anerkenntnisse der fraglichen Darlehnsschuld in keinem unmittelbaren Zusammenhange steht;

Zu *b.* Die Androhung gerichtlicher Klage von Seiten des Herrn Dr. D. eine völlig erlaubte gewesen wäre und

zu *c.* der Beklagte nach seiner eigenen in der Vernehmlassung enthaltenen Darstellung das dem Kläger in der Person seines Beauftragten gegebenen Zahlungsversprechen nicht von irgend einer Voraussetzung abhängig gemacht, sondern unbedingt ertheilt hat, auch die in [6] enthaltene Erklärung des Klägers nichts weiter zu fordern zu haben, welche als ein Verzicht nicht betrachtet werden kann, durch die spätere Anerkennung und Zahlungszusage in betreff des fraglichen Darlehns von Seiten des großjährigen Beklagten wirkungslos geworden und eine Einrede der Zahlung aus [6] bezüglich des hier in Frage stehenden Darlehns von fl. 1600 nirgends näher begründet worden ist.

Das Appellationsgericht erkannte:

Das Darlehn, welches der Kläger dem Beklagten im Betrage von fl. 1600, rückzahlbar am 1. Jan. 1843, gemacht haben will, ist zu einer Zeit gegeben worden, in welcher der Beklagte aktenmäßig noch minderjährig war. Das Vorhandensein derjenigen Bedingungen, unter welchen allein solche Geschäfte von Minderjährigen auf Gültigkeit Anspruch zu machen haben (Ref. II, 1. § 2.) ist nicht behauptet worden, das vorliegende Geschäft ist daher nach Vorschrift der eben angezogenen Gesetzesstelle nichtig.

Die von dem Kläger behauptete Ratihabition des Geschäfts durch den volljährigen Beklagten wird in dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse als von dem Beklagten eingeräumt angenommen und daraufhin die Verurtheilung desselben, so viel das Kapital anbelangt, ausgesprochen.

Diese Einräumung kann aber in der Vernehmlassung nicht gefunden werden, das Zahlungsversprechen ist hier kein unbeding-

tes, es ist nur unter Voraussetzungen zugestanden, die nach [6] act. als nicht vorhanden sich erwiesen haben. Die bedingte Natur der Ratihabition tritt um so schärfer hervor, wenn erwogen wird, daß der Beklagte auf S. 3 der Vernehmlassung auf das bestimmteste in Abrede gestellt hat, von dem Kläger ein Darlehn von fl. 1600 je erhalten zu haben. Es wird daher der Kläger zuvörderst Beweis zu führen und die Beweisauflage, der Natur der Sache nach, sich auf das Geben des Darlehns und die Ratihabition zu richten haben.

7. Nicht erwähnte Zinsen bei der Ratihabition eines nichtigen Darlehns.

Die Beschwerde des Appellanten, welche darauf gerichtet ist, den ihm vom Stadtgericht nachgelassenen Beweis herzustellen, daß Beklagter die Verzinsung des Darlehns mit jährlich 4%, vom 1. Januar 1843 an, ihm zugesagt habe, mußte aber gänzlich verworfen werden. Die sub I. besprochene Aeußerung des Beklagten: „Herr K. ꝛc." kann nämlich überall nicht auf die Zinsen bezogen werden, welche der Kläger in Anspruch nimmt. Denn da dieselbe nach S. 5. der Vernehmlassung eine Erwiderung auf die von Dr. D. wiederholte Anforderung des Klägers war, dieser aber nach der Angabe der Vernehmlassung den Beklagten nur zur Zahlung des libellirten Darlehns, was er ihm seiner Zeit gegeben haben wollte, aufgefordert hat, so ist hierbei von Zinsen gar nicht die Rede gewesen.

Es fehlt aber auch in der Klage an jeder Behauptung, daß der Beklagte nach erlangter Volljährigkeit das Versprechen vom 1. Jan. 1843 an 4% Zinsen von den fl. 1600 dem Kläger zu bezahlen, gegeben habe, indem namentlich bei der Darstellung des Vorfalls im Mai 1851, wo Beklagter die Schuldforderung des Klägers anerkannt habe, nur von fl. 1600, durchaus aber nicht von Zinsen die Rede ist, und die vage Aeußerung im Petitum der Klagschrift, daß man in Betreff solcher Zinsen übereingekommen sei, um so weniger auf die Zeit nach dem 7. März 1847, an welchem Tage der Beklagte volljährig ward, bezogen werden kann, als es auch in der Replik über die Zeit, wann das Uebereinkom-

men in Betreff der Zinsen Statt gefunden habe, an derjenigen Stelle, wo Kläger sich zum Beweis desselben ausdrücklich erboten hat, an jeder näheren Angabe fehlt, und die späteren Aeußerungen in derselben Schrift, wo ebenfalls von einem Versprechen des Beklagten, die fl. 1600 zu verzinsen, die Rede ist, sich ersichtlich auf Vorgänge im Jahre 1843, also auf eine Zeit beziehen, wo der Beklagte noch minderjährig war.

Das Appellationsgericht erkannte:

Bei der Ratihabition, welche der Kläger behauptet hat, ist zunächst in Erwägung zu ziehen

1. daß es sich von einer Ratihabition handelt, die von dem Subjekt des Rechtsgeschäfts selbst ausgeht, sodann

2. daß es sich von einem Geschäft handelt, welches nicht blos anfechtbar und revocabel, sondern von Anfang an nichtig war.

(S. die oben angezogene Reformationsstelle.)

Die Ratihabition ist hier als neue Abschließung des Geschäfts zu betrachten, bei welcher eine Retrotraction nicht Statt findet L. 65 § 1 D. de ritu nupt. 23,2. L. 4 § 6 D. de off. procons. 1,16. Puchta Pandekten § 51. v. Vangerow Lehrbuch 6. Auflage B. 1 p. 150.

Es könnte daher ein Anspruch auf Vertragszinsen höchstens von dem Tage der behaupteten Ratihabition an zugelassen werden. Da jedoch überall nicht behauptet worden ist, daß hierbei Zinsen versprochen worden sind, so wird eintretenden Falles nur auf Verzugszinsen vom Tage der mitgetheilten Klage an, zu erkennen sein und hat daher die dem Kläger rücksichtlich der Zinsen gemachte Beweisauflage hinwegzufallen.

IV.

Feist Emden u. Sohn dahier, Kläger
contra
M. A. von Rothschild u. Söhne dahier, Bekl.
Appell. II.

Unter dem 26. Oct. 1846 war der klagenden Handlung der Beweis auferlegt worden:

> daß die beklagte Handlung sich verbindlich gemacht habe, in die Summe von fl. 1,500,000, welche sie im Jahr 1835 bei Errichtung der königlichen bayerischen Wechsel- und Hypothekenbank als Betheiligung bei diesem Institut eingezeichnet hat, für ihre, der klagenden Handlung, Rechnung eine Betheiligung von fl. 150,000 mitaufzunehmen.

Durch eine Reihe von Urkunden wurde dieser Beweis angetreten und hierauf ein Gegenbeweis mit Urkunden gerichtet. Das Stadtgericht erkannte unter dem 5. Juli 1850 den Gegenbeweis der Beklagten für verfehlt, hingegen den klägerischen Beweis als durch das in den Briefen der Beklagten enthaltene Anerkenntniß der Betheiligung der Klägerin im Betrage von fl. 150,000 an der von ihr, der Beklagten, für 1,500,000 seiner Zeit zu dem Bank-Unternehmen geschehenen Subscription, vollständig erbracht. Auf Appellation der Beklagten und Antrag auf Aktenversendung von Seiten der klagenden Handlung bestätigte das Spruchcollegium zu Erlangen unter dem 14. April 1851 und auf Oberappellation und Antrag auf Aktenversendung von Seiten der Beklagten das Spruchcollegium zu Göttingen unter dem 20. Jan. 1853 das Urtheil.

V.

C. Schäfer dahier, Kläger
contra
J. Brofft dahier, Beklagten.

C. Schäfer behauptet dem J. Brofft im Frühjahr 1849 ein Darlehn von fl. 350 gegeben zu haben. Brofft habe für dieses Darlehn einen Wechsel auf eigene Ordre ausgestellt, der von dem Architekten Klein acceptirt, sodann von Brofft an Schäfer indossirt und mehrmals prolongirt worden sei: so sei ein Wechsel endlich am 1. März 1850 ausgestellt, jedoch irrthümlich vom 1. März 1849 datirt worden. Auf dem Wechsel stehen die Worte: „den Werth habe baar und richtig empfangen". Nachdem Schäfer die Wechselklage erhoben und abgewiesen, jedoch auf den Weg des ordentlichen Verfahrens verwiesen worden war, erließ in demselben das Stadtgericht am 23. Febr. 1852 das Urtheil:

der Beklagte hat binnen einer noch anzuberaumenden Frist die eingeklagte Darlehnschuld von fl. 350 nebst 5% Verzugszinsen seit dem 3. Mai 1850 an den Kläger zu zahlen, demselben auch die Streitkosten zu ersetzen, er könnte denn binnen der gleichen Frist vorbehältlich des Gegenbeweises darthun, entweder

1) daß die Ausstellung und Indossirung des fraglichen Wechsels durch ihn, den Beklagten, auf Simulation beruhe, indem nicht er, sondern der Acceptant Klein der eigentliche Darlehn-Empfänger gewesen sei, oder

2) daß er den ganzen Betrag des Darlehns von fl. 350 nicht oder wie viel weniger empfangen habe, oder

3) daß das fragliche Darlehn durch ihn oder durch den Acceptanten Klein ganz oder theilweise zurückbezahlt worden sei,

worauf je nach dem Ergebnisse dieser Beweisführungen abändernd erkannt werden soll.

Auf Appellation des Beklagten erkannte das Appellationsgericht unter Compensation der Kosten, daß

a) Beklagter noch zur Zeit nicht schuldig sei, die eingeklagte Darlehnsschuld von fl. 350, sammt Zinsen und Kosten zu bezahlen, vielmehr

b) Kläger binnen einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Frist den Grund seiner Klage dahin zu beweisen habe, daß er im Frühjahr 1849 dem Beklagten ein Darlehn von fl. 350 gegeben habe,

wohingegen das Stadtgerichtl. Dekret, soviel die dem Beklagten nachgelassenen Beweise betrifft, lediglich bestätigt wird.

Das Oberappellationsgericht bestätigte am 22. Jan. 1853 auf das von dem Kläger ausgeführte Rechtsmittel dieses letztere Erkenntniß.

8. Ein Wechsel, für sich allein betrachtet, enthält keinen Beweisgrund für ein gegebenes Darlehn. Ausfüllung eines Blanko-Indossaments.

a) Der Wechsel, dessen Aechtheit feststehet, da der Beklagte seine Unterschrift sowohl unter dem Wechsel selbst, als unter dem Indossament anerkannt hat, enthält für sich allein betrachtet nicht den mindesten Beweisgrund für ein vom Kläger dem Beklagten gegebenes Darlehn. Die in dem Wechsel selbst befindlichen Worte: „den Werth habe baar und richtig empfangen" haben in Beziehung auf den Kläger rechtlich gar keine Bedeutung, sondern können, gleich dem üblicheren Ausdrucke „Werth in mir selbst", nur geschrieben sein, um einer nach der Wechselordnung zwar überflüssigen, aber doch sehr gewöhnlichen Form der Abfassung von Tratten zu entsprechen. Selbst wenn, wie der Kläger behauptet, der Beklagte aber läugnet, die Ausstellung des Wechsels gleich Anfangs mit der Bestimmung für den Kläger als Wechselgläubiger erfolgt und das Indossament sofort mit der Unterschrift verbunden worden wäre, so würde in jenen Worten, da sie in der Wechsel-Urkunde selbst standen und diese an sich ein vom Indossament getrenntes Geschäft darstellt, doch kein Bekenntniß einer vom Kläger empfangenen Geldleistung gefunden werden können. Nun enthält allerdings das auf den Kläger lautende Indossament ebenfalls die Worte: „Werth baar erhalten". Aber auch hierauf läßt sich der Beweis des Klägers nicht gründen.

Zunächst behauptet der Beklagte, daß er den Wechsel in blanco girirt habe. Bei der ersichtlichen Verschiedenheit der Handschriften ist dies recht wohl möglich und es ist wenigstens nicht erwiesen, daß der Inhalt des Indossaments von dem Beklagten selbst geschrieben worden oder bereits vor seiner Unterzeichnung ausgefüllt gewesen sei. Es fehlt daher der Beweis, daß der Beklagte durch seine Unterschrift das in den angegebenen Worten enthaltene Bekenntniß abgelegt habe, da die sonst aus der Unterschrift unter einer Urkunde hervorgehende Präsumtion der Einwilligung in ihren Inhalt bei der gesetzlichen Zulässigkeit von Blanko-Indossamenten hier nicht eintritt. Nach § 13 der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung ist zwar jeder Inhaber eines Wechsels befugt, die auf denselben befindlichen Blanko-Indossamente auszufüllen. Es würde sich jedoch nicht nur von selbst verstehen, daß eine solche Ausfüllung sich nicht über das hinaus erstrecken darf, was in dem Wesen des Indossamentes liegt, sondern es ist auch bei Abfassung der Wechselordnung anerkannt worden, daß in keinem Falle etwas anderes, als der Name des Indossatars, sowie Ort und Zeit der Indossirung eingerückt werden dürfe. Prot. der Wechsel-Confer. p. 24 (Folio-Ausg. p. 26).

Es ist daher klar, daß das Bekenntniß des Empfangs der Valuta von dem Inhaber des Wechsels mit rechtlicher Wirkung nicht eingerückt werden kann, daß es daher auch in einem Indossament keine Beweiskraft hat, so lange nicht constatirt ist, daß es von dem Indossanten selbst herrührt oder vor dessen Unterzeichnung aufgeschrieben war.

Wäre aber auch letzteres hier wirklich außer Zweifel, so würde doch das Bekenntniß immer nichts weiter darthun, als daß der Beklagte für die Begebung des Wechsels seine volle Befriedigung erhalten habe, aber weder, daß das zu Grunde liegende Verhältniß gerade in einem Darlehen bestanden habe, noch daß die Zahlung vom Kläger geleistet worden sei. Wenn nämlich die Urkunde auch jetzt nicht mehr als Wechsel wirksam ist, so muß doch bei Beurtheilung der Beweiskraft des fraglichen Bekenntnisses immer in Betracht kommen, daß sie bei ihrer Anfertigung die Be-

stimmung hatte, als Wechsel zu dienen. Ist nun die Ansicht älterer Juristen, Struben rechtl. Bed. V, 107. (ed. Spangenberg II, 378) daß bei einem einfachen schriftlichen Bekenntniß über den Empfang einer Geldsumme die Vermuthung für ein Darlehen spreche, schon im Allgemeinen nicht zu billigen, so ist sie hinsichtlich des Bekenntnisses, die Valuta empfangen zu haben, bei Ausstellung und Indossirung von Wechseln noch entschiedener zu verwerfen. Selbst wenn man auf das Wort „baar" in einem solchen Bekenntniß besonderen Werth legen dürfte, kann doch auch die in baarem Gelde bestehende Valuta aus so mannichfachen Rechtsgründen herrühren, daß es an jedem Anhalt fehlt, gerade auf ein Darlehen zu schließen. Ebensowenig folgt aus dem Bekenntniß, daß die Valuta gerade von dem Remittenten oder Indossatar gezahlt worden sei, da der Wechselschluß ebensowohl zwischen dem Wechselgeber und einem Dritten eingegangen worden sein kann. Thöl Handelsrecht II § 176. 177.

b. Der Kläger meint, der in dem Wechsel liegende Beweisgrund werde dadurch unterstützt, daß der erste im Frühjahr 1849 über das Darlehn ausgestellte Wechsel immer prolongirt, d. h. durch einen neuen Wechsel ersetzt worden sei, bis zu dem jetzt in Frage stehenden, welcher der letzte gewesen sei, und daß in allen diesen fortlaufenden Wechseln nur dieselben Personen, wie in dem letzten, vorkämen, nämlich der Beklagte als Aussteller, der Architekt Klein als Acceptant, und der Kläger als Gläubiger; etwas anderes habe auch der Beklagte nicht behauptet. Hieraus aber lasse sich nur ein zwischen dem Beklagten als Schuldner, und dem Kläger als Gläubiger bestehendes Schuldverhältniß entnehmen. Es stehen nun zwar nicht alle diese Umstände aktenmäßig fest. Wäre aber auch die ganze Darstellung des Beklagten über den Hergang richtig, so würde darin doch eher eine Schwächung, als eine Bestärkung des durch den producirten Wechsel versuchten Beweises zu finden sein. Denn darnach ist dieser Wechsel nicht unmittelbar in Folge eines vom Kläger gegebenen Darlehns, sondern zum Zweck der Prolongation früherer Wechsel ausgestellt worden. Gerade deshalb läßt sich nicht entnehmen, daß mit dem Bekenntniß, den Werth baar empfangen zu haben, der Empfang eines Dar-

lehens habe ausgedrückt werden sollen, sondern nur, daß dasselbe auf die Zurückgabe oder Tilgung des unmittelbar vorher in den Händen des Klägers befindlichen Wechsels sich bezogen habe, zumal da dieser, wie erwähnt, erst durch die Hände eines anderen Indossatars an den Kläger gelangt war. Vielmehr würde, wenn überhaupt durch das Bekenntniß des baaren Empfangs der Valuta der Beweis eines Darlehens geführt werden könnte, alles darauf ankommen, ob auch der zuerst ausgestellte Wechsel ein solches Bekenntniß enthalten habe und unmittelbar zu Gunsten des Klägers ausgestellt gewesen sei. Beides ist vom Kläger zwar in der Replik behauptet, vom Beklagten aber in der Duplik bestimmt geleugnet worden, wie der letztere auch schon in der Vernehmlassung behauptet hatte, den ursprünglichen Wechsel nur in **blanco** indossirt zu haben.

c. Sodann macht der Kläger geltend, Beklagter gebe ausdrücklich zu, daß der Kläger im Frühjahr 1849 ein Darlehen von fl. 350 ausgezahlt habe, und daß dieserhalb der fragliche Wechsel **resp.** dessen Vorgänger ausgestellt worden sei; nur gebe er nicht sich, sondern den Architekten Klein als Empfänger des Darlehens an; durch das in dem Wechsel enthaltene Bekenntniß stehe aber fest, daß der Beklagte der Empfänger gewesen sei. Diese Folgerung ist aber unbegründet, da das Bekenntniß des baaren Empfangs der Valuta in dem Indossament des jetzt producirten Wechsels mit dem vom Beklagten behaupteten Sachverhalt — wonach dieser wie die früheren Wechsel nur in Beziehung auf ein an Klein gegebenes Darlehen, sonach als Intercedent für diesen, ausgestellt haben will — völlig vereinbar ist. Entscheidend ist in dieser Hinsicht zunächst, daß das gedachte Bekenntniß aus dem oben unter *a.* hervorgehobenen Grunde (der Ungewißheit darüber, wer das Indossament ausgefüllt hat) gegen den Beklagten keine Beweiskraft hat. Nähme man eine solche aber auch an, so kommt weiter in Betracht, daß wie unter *b.* erwähnt, nicht feststeht, ob der ursprüngliche Wechsel unmittelbar zu Gunsten des Klägers ausgestellt worden ist und ob dabei gleichfalls ein Bekenntniß über den baaren Empfang der Valuta abgegeben wurde, während dieses Bekenntniß in dem jetzt fraglichen Indossament sich auch bei der Stellung des Beklagten als Intercedenten vollkommen aus der als Gegen=

leistung zu betrachtenden Tilgung der vorangegangenen Wechsel erklären würde. —

Das Stadtgericht sagt in seinen Entscheidungsgründen:

Der Beklagte stellt zwar dieses thatsächliche Vorbringen des Klägers in Abrede; allein er muß doch bei Begründung seiner Einrede des anderen Sachverhalts einräumen, daß er nicht nur den wegen der fraglichen fl. 350 ursprünglich ausgestellten Wechsel, sondern auch die späteren Prolongationswechsel und insbesondere den sub. [8] bei den Akten befindlichen, als Aussteller und als Indossant unterschrieben und sich darin zum baaren Empfang der bezüglichen Summe, die er selbst als ein, obwohl nicht ihm, sondern dem Architekten Klein gemachtes Darlehen bezeichnet, bekannt hat. Da nun eine Urkunde blos deshalb, weil die causa debendi darin nicht ausdrücklich angegeben ist, noch nicht als ein instrumentum indiscretum betrachtet werden kann, es vielmehr genügt, wenn nur diese causa aus dem Zusammenhange sich ergibt, so ist in dem vorliegenden Falle um so weniger Grund vorhanden, daran zu zweifeln, daß die fragliche Wechselausstellung auf einem Darlehnsgeschäft beruht, als der Aussteller nicht nur zum baaren Empfang der betreffenden Summe sich bekennt, ohne diesem Geldempfange ein anderes Rechtsgeschäft zu unterlegen und als in der Indossirung des darüber ausgestellten Wechsels das Versprechen der Rückzahlung liegt, sondern auch der Beklagte überdies ausdrücklich einräumt, daß der fragliche Wechsel seine Entstehung einem Darlehen verdanke.

Unter diesen Umständen steht der vorliegenden in ordinario angebrachten Klage die deutsche Wechselordnung nicht entgegen, vielmehr ist der Klaggrund vollständig gerechtfertigt und erwiesen.

Das Appellations-Gericht erkannte:

Daß bei dem bestimmten Ableugnen des Klaggrundes dem Kläger der Beweis, daß er dem Beklagten ein Darlehen von fl. 350 gemacht habe, obliege, wird in dem stadtgerichtlichen Urtheil anerkannt. Wenn aber in demselben Dekret der im Original beigebrachte Wechsel als zum Beweis des Darlehens genügend angenommen wird, — — — so kann diesem nicht beigepflichtet werden. Der fragliche Wechsel ist vom Beklagten auf eigene Ordre auf Klein gezogen,

von diesem acceptirt, sodann von dem Beklagten an Kläger indossirt und bei der Verfallzeit weder vom Acceptanten, noch vom Zieher und Indossanten bezahlt worden. Hieraus allein kann die Existenz eines Darlehns, welches Kläger dem Beklagten gemacht haben will, nicht gefolgert werden. Denn wenn auch in dem Wechsel und Indossament die Worte „den Werth baar erhalten" vorkommen, so liegt doch darin ein Bekenntniß des Beklagten, ein Darlehn erhalten zu haben, nicht, vielmehr muß Kläger die Existenz des von ihm dem Beklagten gemachten Darlehns beweisen.

---

9. Daraus, daß ein Wechsel nicht gezahlt wird, folgt nicht nothwendig die Annahme, daß der Aussteller des Wechsels auf Kosten des Wechselinhabers sich bereichert habe.

Was den Gesichtspunkt der Bereicherung des Beklagten betrifft, so hat der Kläger ihn zwar erst in der Replik ausdrücklich geltend gemacht. Es kann dies jedoch nicht als eine unzulässige Aenderung der Klage angesehen werden, da der Kläger nicht etwa durch neue Thatumstände eine anderweite Begründung seines Anspruchs versucht, sondern lediglich aus den schon in der Klage erzählten Thatsachen eventuell eine zweite rechtliche Folgerung zieht, indem er meint, wenn auch kein von ihm an den Beklagten gegebenes Darlehen bewiesen werde, so habe dieser sich doch zu dem baaren Empfang von fl. 350 bekannt und sei daher, nachdem der Wechsel als solcher seine Kraft verloren habe, mit dem Schaden des Klägers bereichert.

Auch ist der Einwand des Beklagten, daß er dem Kläger gegenüber nur als Indossant in Betracht komme, und deßhalb aus einer etwaigen Bereicherung nach § 83 der Wechselordnung nicht zu haften habe, offenbar ungegründet, da der Wechsel ein an eigene Ordre gestellter ist, der Beklagte sonach dem Kläger gegenüber nur der Form nach als Indossant erscheint, der Sache nach die Stellung eines Trassanten hat, der Beklagte aber auch jedenfalls der Aussteller des Wechsels ist und in dieser Eigenschaft nach § 83 jedem Wechsel-Inhaber wegen Bereicherung haftet.

Ebenso unbegründet ist jedoch die vom Kläger aus den ange-

führten Thatsachen gezogene Folgerung auf das Dasein einer Bereicherung. Denn wenn auch feststände, daß der Beklagte sich zum Empfang der baaren Valuta bekannt hätte, so würde doch nach den obigen (bei Nr. 8) Ausführungen daraus allein noch nicht geschlossen werden können, daß die in dem Wechsel bezeichnete Geldsumme aus dem Vermögen des Klägers in das Vermögen des Beklagten übergegangen sei, was doch erforderlich wäre, um eine Bereicherung des letzteren zum Schaden des Klägers anzunehmen. Mit Recht ist daher dieser Gesichtspunkt in dem angefochtenen Erkenntniß unberücksichtigt geblieben.

---

10. Der Wechsel allein genügt nicht, um durch Zulassung zum Erfüllungseide den Beweis des Darlehns zu erbringen.

Der mit der Beschwerde eventuell verbundene Antrag, dem Kläger über die Auszahlung des Darlehns an den Beklagten nur noch den Erfüllungseid aufzuerlegen und für den Fall seiner Ableistung den Beweis des Darlehns anzunehmen, ist nach der obigen Ausführung schon deßhalb unbegründet, weil der versuchte Beweis in keinem Falle bis zu einem Grade erbracht ist, welcher zum Erkennen eines Erfüllungseides geeignet wäre. Wäre dies aber auch der Fall, so würde doch aus Rücksicht auf den möglichen Gegenbeweis des Beklagten nicht auf den Antrag eingegangen werden können.

VI.

L. C. Kahl dahier, Kläger

contra

seine Ehefrau J. M. Gertr., geb. Wunderlich, vorher verehelichte Pfefferkorn, jetzt geschiedene Kahl, Beklagte.

Appell. VII.

Das Stadtgericht erkannte am 28. Febr. 1851 und das Appellationsgericht am 7. Mai 1851, daß der von seiner Ehefrau geschiedene Kläger schuldig sei, binnen 14 Tagen entweder die

sub 7 — 9, 12 — 14 und 16 — 28 des Inventars verzeichneten Gegenstände an die Beklagte herauszugeben oder ihr deren von der Beklagten zu erweisenden Werth zu erstatten. Da Kläger dem rechtskräftigen Urtheile nicht Folge leistete, trat Beklagte den Beweis des Werthes an und erbot sich in Bezug auf die Nummern 12 bis 14 des Inventars zum Würderungseid. Die anderen Nummern betreffen ein gewöhnliches Beweisverfahren. Ein erhebliches Interesse bietet ebenfalls nicht das am 24. Mai 1852 nachträgliche Erbieten des Klägers zur Herausgabe eines Theiles der Effecten und zum Ersatze des von der Beklagten angegebenen Werthes von Nr. 12 dar. Eine Differenz der Urtheile, von welchem Momente der zu erweisende Werth obiger Gegenstände von dem Kläger zu verzinsen sei, wurde durch den Nachweis der Rechtskraft des früheren Urtheils von dem Oberappellationsgericht, wie von dem Stadtgerichte geschehen war, (von dem 9. Dec. 1847 an) entschieden.

In Bezug auf den oben erwähnten Würderungseid erkannte nun das Stadtgericht am 17. März 1852 den Beweis von pos. 12 — 14 für verfehlt. Auf Appellation der Beklagten ließ das Appellationsgericht am 18. Juni 1852 den Würderungseid zu, während das Oberappellationsgericht auf Oberappellation der Beklagten und Adhäsion des Klägers am 22. Februar 1853 das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder herstellte.

11. Alternative Verbindlichkeit des Schuldners. Reviviscіren einer in der vorigen Instanz gestellten Beschwerde.

I. Es steht nämlich durch das Erkenntniß des Appellationsgerichtes vom 7. Mai 1851 rechtskräftig fest, daß der Kläger nur alternativ verpflichtet ist, entweder die sämmtlichen Gegenstände 7 — 9, 12 — 14 und 16 — 18 des Inventars in natura zu restituiren oder deren von der Beklagten zu erweisenden Werth zu bezahlen. — — — — — — — — — — Lag nun aber für den Kläger nur eine alternative Verbindlichkeit vor, so kann natürlich von einer contumacia in restituendo, auf welche allein das Appellationsgericht die Zulassung der Beklagten zum juramentum in litem gestützt hat und stützen konnte, nicht die Rede sein.

Was sodann

II. die Nummern 13 und 14 des Inventar's und zwar

A. die principale Adhäsionsbeschwerde des Klägers betrifft, daß hinsichtlich dieser Gegenstände die Beklagte zum juramentum in litem zuzulassen sei, so war diese Beschwerde nach der Ausführung unter I für gegründet zu erachten und daher die Entscheidung unter II des vorigen Erkenntnisses wieder aufzuheben. Freilich revivíscirt dadurch

B. die 3. Beschwerde der Beklagten in voriger Instanz, soweit sie dahin geht, daß vom Stadtgericht angenommen sei, sie habe auf den Ersatz des Werthes der Nummer 13 und 14 des Inventars verzichtet. Allein diese Beschwerde ist ungegründet. Denn über den Werth dieser Nummern des Inventars hat die Beklagte keinen anderen Beweis angetreten, als den durch Erbieten zum Würderungseide. Ist nun dies nach dem Obigen unzulässig, so ist, wenn auch gerade kein Verzicht auf den Ersatz des Werthes dieser Nummern vorliegt, doch der der Beklagten auferlegte Beweis dieser Nummern desert.

Das Appellationsgericht gründete seine Entscheidung auf die Erwägungen, daß

2. die Verfügung des Stadtgerichtes vom 28. Februar 1851 ebensowenig, als die Verfügung des Appellationsgerichtes vom 7. Mai 1851 dem Kläger die Wahl zulassen konnte und zugelassen hat, ob er jene Gegenstände in natura restituiren oder deren Werth ersetzen wolle, beide Verfügungen vielmehr nur die Folge des Ungehorsams für den vorliegenden Fall bezeichnet haben; daß

3. die **contumacia non restituentis vel non exhibentis** dem **dolus** insoweit gleichsteht, daß das **juramentum in litem** zulässig wird

L. 2 § 1 D. de in litem jur. (12,3)

7. bei dem Würderungseide dem Richter die Festsetzung

eines maximum zuzulassen ist (L. 4 §. 2, L. 5 §. 1 eod.), in dem vorliegenden Falle aber ausreichende Gründe vorliegen, von dieser Befugniß rücksichtlich der Nummern — — Gebrauch zu machen.

VII.

A. Horwitz jun. dahier Kläger,

contra

Mannheim u. Comp. zu Hamburg, Beklagten.

In Hamburg wurde eine industrielle Aktiengesellschaft gegründet, welche Loose zu einer Waarenlotterie in sechs Abtheilungen herausgab. Die von dem Staate nur tolerirte Gesellschaft wurde nach Ziehung der dritten Abtheilung im Jahr 1850 von den Behörden unterdrückt. An der Spitze des Unternehmens stand damals S. J. Ballin. Horwitz, als Cessionar eines gewissen Kurz begründet nun gegen Mannheim und Comp. als angeblichen Gesellschafter des S. J. Ballin eine Arrestanlage auf fl. 400 dahier und verlangte aus einem zwischen Kurz und Ballin abgeschlossenen Vertrage:

1. Rückgabe der Einlagen von 50 Loosen zu den ersten drei Abtheilungen.

2. Provision in Ansehung von 50 Loosen für die 4. bis 6. Abtheilung.

3. Gewährung von 5 Freiloosen, beziehungsweise deren Werth.

Das Stadtgericht erkannte am 13 Aug. 1852:

Kläger wird unter Aufhebung des erkannten Arrestes mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und hat dem Beklagten die verursachten Prozeßkosten, sowie 5 Proc. Zinsen seit Deposition der fl. 400 zu erstatten.

Auf Appellation des Klägers wurde unter Verurtheilung in die Kosten der Instanz vom Appellationsgericht am

11. Oct. 1852 das obige Urtheil bestätigt und auf Oberappellation des Klägers bestätigte das Oberappellationsgericht am 26. Febr. 1853 dies Erkenntniß, wies jedoch in Ansehung des Werthes von fünf Freiloosen zur 4. Abtheilung und der Provision von 50 Loosen à 9 Kreuzer zu der gleichen Abtheilung den Kläger nur angebrachter Maßen ab. Appellant hat drei Viertel der Kosten dieser Instanz allein zu tragen, ein Viertel wird compensirt.

12. Eine Rückforderungsklage wird wegen Unbestimmbarkeit des Gegenstandes ausgeschlossen.

Prüft man den zwischen Kurz und Ballin abgeschlossenen Vertrag, so muß zunächst die Auffassung der Appellanten, der beim Verkauf einer Species geltende Rechtssatz, daß im Falle eines Unterganges derselben der ganze Kaufpreis gefordert werden könne, zurückgewiesen werden, da dieser Fall nicht vorliegt. Der Appellant hat auf Veranlassung dieses Vertrages:

in Betreff der Einlagen zur 1. bis 3. Abtheilung die **ob causam datorum condictio** angestellt, weil durch das Verbot der Polizei zu Hamburg die Ziehungen der 4. bis 6. Abtheilung verboten seien. Diese Klage wird nicht durch den Einwand beseitigt, daß diese Gegenleistung mit der Ziehung erfolgt sei, da jene überdies in der Befugniß bestand, die Loose in den folgenden Klassen zu einem geringeren Preise, als Neueintretenden möglich war, zu erwerben und in der Aussicht auf die in solchen zu ziehenden Gewinne. Da indessen durch die Ziehungen in den drei ersten Klassen jedenfalls eine theilweise Gegenleistung Statt gefunden hat und es unmöglich ist, die Quote der Einlage, welche hierfür zurückbehalten werden könnte, und diejenige, welche als Aequivalent für die Rechte auf die und in den folgenden Abtheilungen zurückerstattet werden müßte, auszumitteln, so wird durch diese Unbestimmtheit des Gegenstandes die ganze Rückforderungsklage ausgeschlossen.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung

3) Daß nämlich, soviel die Zurückforderung der zur ersten bis ausschließlich vierten Abtheilung gezahlten Einlage betrifft,

die Verlosung der ersten bis dritten Abtheilung wirklich vollzogen worden ist und wegen der in Folge polizeilichen Verbots unterbliebenen Verlosung der vierten bis sechsten Abtheilung die für die drei ersten Abtheilungen gezahlte Einlagen schon darum nicht zurückverlangt werden kann, weil das Recht des Mitspielens in der vierten bis sechsten Abtheilung erst durch neue weitere Einlage zu erwerben gewesen wäre.

13. Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung.

Der Appellant hat für seine Forderung auf Provision und Werth der Freiaktien eine Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrages angestellt. Diese ist jedoch

a. in Betreff der Provision für die 1te bis 3te Abtheilung um deßwillen unbegründet, weil, wenn Kurz, wie Kläger behauptet, seinen Abnehmern die vollen Einsätze zurückgezahlt und so seine Provision, in den 1. drei Abtheilungen verloren haben sollte, er diese freiwillige Rückgabe, zu der er von seinen Kunden ebensowenig rechtlich gezwungen werden konnte, wie er den Nr. 11 gegebenen Ausführungen zufolge die Direktion rechtlich dazu anhalten kann, der Letzteren, bezüglich den Beklagten, gegenüber nicht geltend zu machen befugt ist. Nicht minder ist dieselbe

b. in Ansehung der Provision zur 5ten und 6ten Abtheilung sowie des Werthes der Freiloose nach den Preisen der letzteren wegen der Ungewißheit, ob nicht die Loose in der 4. Abtheilung mit Gewinnen über 30 Rthlrn. oder Nieten herausgekommen sein würden, zu verwerfen. Dieselbe erscheint dagegen

c. in Betreff der Provision für die 4. Abtheilung um den Werth der Freiloose nach deren Preisen an sich begründet. Denn Kurz hatte dem Plan zufolge ein Recht zur 4. Klasse 50 Loose zu einem Preise zu erhalten, bei welchem er durch deren Absatz eine Provision von fl. 7. 30 kr. verdiente und außerdem 5 Freiloose. Es ist demnach die Direktion verpflichtet, die gedachte Preisdifferenz und den Werth der 5 Loose zu vergüten, da sie sich außer Stand befindet, Loose, die einen Werth hätten, in natura zu liefern, zu deren Abnahme Kurz, beziehungsweise sein Cessionar völlig bereit sein würde.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung

4. daß soviel den Anspruch contraktmäßiger Provision für 50 Stück Aktien à fl. 2. 24 kr. und eine Vergütung von 5 Freiaktien à fl. 9 betrifft, in der Replik eingeräumt ist, — — — daß dem Kurz die gebührende Provision bis einschließlich zur 3. Abtheilung in Abrechnung vergütet, auch der Genuß von 5 Freiaktien zur 3. Abtheilung gewährt worden ist, während Provision für die nichtgezogene 4.—6. Abtheilung, wozu ein Absatz durch Kurz nicht vermittelt wurde, wegen dieses Wegfalls der Voraussetzung einer Provisionsforderung nicht verlangt werden kann,

5. daß die erst in der Replik vorgebrachte Angabe, daß Kurz seinen Spielern die Einlage habe zurückerstatten müssen — jedenfalls als rechtlich unbegründet erachtet werden muß.

Das Appellationsgericht erkannte:

Die Forderung, soweit solche aus den drei 1. Ziehungen hergeleitet wird, besteht nicht, da mit diesen Ziehungen der Beklagte seine Verpflichtungen erfüllt hat; so weit solche aus den letzten nicht vollzogenen Ziehungen hergeleitet wird, besteht sie nach bekannten Rechtsgrundsätzen von dem Augenblick an nicht mehr, wo durch äußere Umstände die Erfüllung unmöglich geworden ist.

14. De dolo actio. Grobes Verschulden bei Kontraktsverhältnissen.

Endlich könnte es — in Frage kommen, ob der Kläger die de dolo actio angestellt habe. Ganz abgesehen indessen davon, daß dieser Klaggrund für Provision und Freiloose erfolglos sein würde, da weder von einer Rückgabe des Empfangenen die Rede sein kann, wenn nichts gegeben ward, noch von einer Entschädigung für die Verleitung zum Geschäft, da Kurz, wenn er es nicht unternommen hätte, weder Provision noch Freiloose erhalten haben würde, so mußte die gedachte Klage in Betreff des ganzen Klaggegenstandes jedenfalls um deßwillen zurückgewiesen werden, weil, wenn gleich in Contraktsverhältnissen grobes Verschulden und Arglist sich gleich stehen, doch zur Begründung der in Rede stehenden Klage nur die Letztere und nicht das Erstere in Betracht kommen.

Das Vorhandensein einer Arglist aber wird von dem Kläger zwar behauptet, jedoch mit Unrecht. Denn die von den Beklagten sämmtlichen gegnerischen Ansprüchen entgegengesetzte Einrede dahin, das polizeiliche Verbot, durch welches der Fortgang der industriellen Aktiengesellschaft gehemmt ward, sei als ein beide Contrahenten gleichmäßig treffender Zufall aufzufassen, kann zwar

a) nicht dadurch als beseitigt angesehen werden, daß die Direktion ein Verschulden treffe, weil sie das Unternehmen begonnen und fortgesetzt mit dem Bewußtsein, daß es nur geduldet sei und in jedem Augenblicke von der Behörde unterdrückt werden könne. Denn da in Hamburg eine Anzahl von ähnlichen Unternehmungen betrieben und bis zum Jahr 1850 von den Behörden tolerirt worden sind, so kann das Unternehmen als solches den Beklagten nicht als ein Verschulden angerechnet werden. Wenn dagegen

b) der Kläger in seiner Replikenschrift die Behauptung aufgestellt hat, schon zu der Zeit, als Mannheim u. Comp. noch die Direktion der industriellen Aktiengesellschaft geleitet hätten, sei an dieselben ein specielles obrigkeitliches Verbot ergangen, das Unternehmen sei jedoch unter dem Namen eines anderen Dirigenten S. J. Ballin fortgesetzt worden, so würde hierin zwar keine Arglist dem Mitcontrahenten gegenüber, wohl aber ein grobes Verschulden der Unternehmer gefunden werden müssen, da Beklagte in ihrer Duplikenschrift nicht zu behaupten vermocht haben, daß Kurz von dem speciellen Verbot Kunde gehabt, sondern nur, daß er gewußt habe, das Unternehmen werde in Hamburg nur geduldet. Nun ist aber das Vorhandensein eines solchen speciellen Verbots von den Beklagten geläugnet und würde mithin der Betrag der oben (Nr. 13 c.) erörterten, von den Beklagten dem Kläger auszukehrenden Quote seiner Forderung davon abhängen, daß Kläger den Beweis seiner replicarischen Behauptung führte. Hiervon war aber abzusehen, weil — die Arrestanlage zur Begründung des Gerichtsstandes dient, — es aber an aller Bescheinigung fehlt, daß Mannheim u. Comp. zur Zeit des erwähnten Polizeiverbotes Gesellschafter von S. J. Ballin gewesen seien, ohne dieselbe aber der Arrest gar nicht hätte erkannt werden sollen.

15. Rechtsmittel oder Einrede der Erschleichung gegen eine Arrestanlage.

Wenn der Kläger einwendet, es sei gegen die Rechtsbeständigkeit des Arrestes bereits rechtskräftig entschieden, weil Beklagte gegen das Dekret des Stadtgerichts nicht appellirt hätten, so übersieht er, daß jenes Dekret auf einseitigen Antrag des Klägers erlassen ist und der Beklagte mithin die Berechtigung hatte, entweder dagegen zu appelliren oder seine Einwendungen gegen das Mandat mittels Einrede der Erschleichung bei dem Stadtgericht vorzubringen. Wenn er also den letzten Weg einschlug, so war er in seinem Recht.

VIII.

A. Horwitz jun. dahier, Widerkläger

contra

Mannheim u. Comp. zu Hamburg, Widerbeklagten.

Die in **separato** verhandelte Widerklage hatte in **ordinario** dieselben factischen Verhältnisse zur Grundlage, wie der **sub VII** erwähnte, durch Arrestanlage hervorgerufene Fall. Trotz der vom Widerkläger eingewandten Rechtsmittel erkannten die drei Instanzen

das Stadtgericht am 6. Okt. 1852,
das Appellationsgericht am 17. Dec. 1852,
das Oberappellationsgericht am 26. Febr. 1853

auf Abweisung der Widerklage.

Die Ursache, aus welcher der Nr. 14 **sub** *b*. in Aussicht gestellte Beweis nicht nachgelassen wurde, ist darin zu finden, daß Widerkläger weder die dieser Replik zu Grunde liegenden Thatsachen angeführt, noch auf jene Streitsache Bezug genommen hat.

16. Einwilligung des Gegners, eine Nothfrist zu erstrecken.

Der Antrag des Appellanten, ihn mit der Rechtfertigung der von ihm zeitig eingelegten und eingeführten Appellation bis 4 Wochen nach Insinuation der hierneben in Sachen A. Horwitz

jun. wider Mannheim und Comp. ergangenen hiesigen Erkenntnisses bei Strafe der Desertion des Rechtsmittels zu befristen, — ein Antrag, welchem der gegnerische Anwalt ausdrücklich mittelst Unterschrift seine Zustimmung gegeben hat, mußte verworfen werden, da eine Erstreckung der Appellationsrechtfertigungsfrist durch die Zustimmung der Gegenparthei in §. 125 der Oberappellations-Gerichtsordnung nicht zugelassen ist und sonstige nach der Ordnung a. a. O. für den gedachten Zweck stattnehmige Gründe von dem Appellanten nicht geltend gemacht worden. Derselbe war demnach mit der Rechtfertigung auszuschließen und anzunehmen, daß er in Betreff der von ihm aufgestellten Beschwerden auf die Vorakten submittirt habe.

IX.

Joh. Aug. Oehne et ux. dahier, Kläger,

contra

den Curator des Nachlasses der verstorbenen Eva Maria Christiane Dietz, geb. Kraus, modo Franz Chr. Th. Wenz'sche Eheleute dahier, Beklagte.

Das Baustatut Cap. VII. § 7 verordnet: Jeder, welcher auf seines Nachbars Haus, Hof oder Garten gerichtete Fenster hergebracht hat, ohne jedoch ein desfallsiges Dienstbarkeitsrecht seines Hauses documentiren zu können, ist verbunden, auf seines Nachbars Verlangen die gedachten Fenster nicht anders, als 8 Fuß über dem Fußboden des Zimmers, welchem dadurch Licht verschafft wird, wenn es auf ebener Erde ist und 6 Fuß über dem Fußboden in den höheren Stockwerken anzubringen.

Der vorhergehende § 6 bespricht den Fall, daß wenn der Nachbar Fenster, die noch keine 30 Jahre oder darüber bestehen, zuzumauern verlangt, die Vermuthung für den Besitzer der Fenster streitet, daher derjenige, der das Besitzrecht der Fenster in diesem Falle bestreitet, den Beweis führen müsse, daß sie bisher aus bloßer Vergünstigung bestanden haben.

Oehne, Eigenthümer des Hauses Lit. B. Nr. 186 will nun 13 Fenster resp. Oeffnungen, die im Hause Lit. B. Nr. 185 befindlich und auf des Ersteren Hofraum gerichtet sind, entfernt, resp. auf die im obigen § 7 vorgeschriebene Höhe gebracht haben. Das Haus Lit. B. Nr. 185 war im Eigenthum der Dietz'schen Curatel und ging durch Kauf im Laufe des Processes an die Wenz'schen Eheleute über.

Das Stadtgericht erkannte am 7. Juli 1852:

Es haben binnen 14 Tagen, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend zu beweisen

A. Kläger:

Daß der frühere Eigenthümer des Hauses Lit. B. Nr. 186 der Eigenthümerin des Hauses Lit. B. Nr. 185, Wittwe Dietz, die Vergünstigung zu den aus dem letztgedachten nach dem erstgedachten Hause gerichteten Fenstern ertheilt gehabt habe;

B. Beklagte:

Daß oder in wie weit die Beschaffenheit der betreffenden Zimmer des Hauses Lit. B. Nr. 185 die in dem Baustatut cap. 7 § 7 vorgeschriebene veränderte Stellung der nach dem Hause Lit. B. Nr. 186 gerichteten 13 Fenster nicht gestatte.

6. Auf Appellation des Klägers hob das Appellationsgericht am 4. Oct. 1852 unter Compensation der Kosten den oben sub B. den Beklagten nachgelassenen Beweis auf, während auf Oberappellation der Beklagten am 28. Febr. 1853 das Oberappellationsgericht unter Vergleichung der Kosten das stadtgerichtliche Urtheil wieder herstellte.

17. Die Parthei erkennt bei einem bedingten Erkenntniß die Entscheidung nur untrennbar mit der Bedingung an.

Das Erkenntniß erster Instanz wieder herzustellen stehen prozessualische Bedenken nicht entgegen. Denn:

A. von einer verspäteten Geltendmachung eines Grundes kann nicht wohl die Rede sein, da er lediglich in der Auslegung eines Gesetzes besteht, die zu der, von dem Vorbringen der Partheien völlig unabhängigen Thätigkeit des Richters gehört. Ebensowenig aber

B. steht derselben die gegen die Beklagte eingetretene Rechtskraft des Stadtgerichts-Erkenntnisses entgegen. Denn da die Beklagten sich nur bei der einen untrennbaren Entscheidung des Stadtgerichts beruhigt haben, daß sie erst dann, wenn sie den ihnen nachgelassenen Beweis nicht führen sollten, zum Umbau der Fenster verpflichtet seien, so steht es ihnen, nachdem das Appellationsgericht sie unbedingt dazu schuldig erkannt hat, unbestreitbar frei, diese Entscheidung auch nur aus einem Grunde anzufechten, der eigentlich dahin führt, den eventuellen Antrag der Klage ohne Weiteres zu verwerfen und auszuführen, daß das Appellationsgericht es aus diesem Grunde zwar bei dem Stadtgerichts-Erkenntnisse, weil die Beklagten sich bei selbigem beruhigt, hätte belassen, nicht aber zu Gunsten der Kläger es hätte abändern dürfen.

18. Das Baustatut cap. VII. §. 7 bezielt überall nicht die Umänderung von hergebrachten Fenstern in einem bestehenden Hause, sondern nur die veränderte Anlage bei einem Neu- oder Umbau des Hauses.

A. Es entscheidet schon der einfache Wortlaut des § 7; denn hier ist nicht gesagt, es sei jeder, welcher auf seines Nachbars Hof Fenster hergebracht habe, auf des letztern Verlangen schuldig, sie in dem hier bestimmten Maaße zu verändern und umzubauen, sondern er sei verbunden, sie nicht anders, als 8 Fuß u. s. w. anzubringen; und diese Worte passen nur auf das, was bei einem Neu- oder Umbau des Hauses bei der Anlegung neuer Fenster zu geschehen hat, wie denn auch dasselbe Wort „anbringen" in dem folgenden § 8, welcher ausdrücklich von einem Neubau handelt, gebraucht wird. Bei diesem den Worten allein entsprechenden Sinn, in stricter Auslegung des Gesetzes, stehen zu bleiben, würde sich ohne Weiteres dann rechtfertigen, wenn die Worte des § 7 „Jeder, welcher auf seines Nachbars Haus, Hof oder Garten gerichtete Fenster hergebracht hat, ohne ein desfallsiges Dienstbarkeitsrecht seines Hauses documentiren zu können", den Fall bezeichneten, wenn Jemand für das Recht, solche Fenster zu haben, zwar keinen Titel nachweisen kann, aber es doch durch 30jährige Verjährung erworben hat: denn dann würde die stricte Auslegung ganz der ratio juris gemäß sein, indem der Erwerb der Servitu-

ten durch Verjährung nach gemeinem Recht ganz gleiche Wirkung, wie der durch einen Titel hat, es also schon eine den allgemeinen Rechtsprincipien widerstreitende Beschränkung ist, den Eigenthümer solcher durch Verjährung erworbener Fenster zu nöthigen, sie bei einem Neubau anders, als sie hergebracht sind, anzulegen. — Allein man kann diese Frage füglich auf sich beruhen lassen, da auch abgesehen hiervon die obige Auslegung ihre vollständige Rechtfertigung

B. dadurch findet, daß nur so die fragliche Bestimmung des § 7 mit andern Vorschriften des Cap. 7 des Baustatuts über das Lichtrecht in Einklang gebracht wird.

1) Der § 6 gestattet nämlich dem Nachbar, die gänzliche Zumauerung der nach seinem Hofe gehenden Fenster zu verlangen, auch wenn sie noch keine 30 Jahre bestanden haben und kein Titel nachgewiesen werden kann, nur dann, wenn er seinerseits zu beweisen vermag, daß dieselben auf bloßer Vergünstigung beruhen, und nöthigt ihn, wenn er diesen Beweis nicht zu erbringen vermag, mit einem neuen Bau wenigstens 3 Schuh weit von den Fenstern zurückzubleiben. Ginge nun der § 7, der doch jedenfalls voraussetzt, daß ein bloßes **precarium** nicht vorliege, auf den Umbau bestehender Fenster, so stände er mit der obigen Bestimmung in sofern nicht in Einklang, als er ganz unbedingt lautet, denn der Gesetzgeber mußte sich sagen, daß es Häuser von so niedriger Balkenlage gibt, daß, wenn deren Eigenthümer unbedingt genöthigt wären, die Fenster so hoch, wie das Gesetz vorschreibt, umzubauen, dies einer gänzlichen Zumauerung derselben, die doch ein **precarium** voraussetzt und einem völligen Verbauen derselben, das bei nicht bewiesenem **precarium** nicht eintreten soll, gleichkommen würde.

2) Ebenso würde die unbedingte Fassung des § 7, wenn man ihn von dem Neubau bestehender Fenster verstände, mit den Bestimmungen des § 5 nicht in Einklang stehen, insofern auch hier das Recht des Nachbars demjenigen, der kein Lichtrecht zu erweisen vermag, die Fenster zu verbauen, einer Beschränkung unterworfen wird, je nachdem dieser entweder gar nicht oder nur mit einigen Kosten sich auf anderem Wege Licht verschaffen kann.

C. Auf diese stricte Auslegung wird man auch dadurch hingewiesen, daß der § 7 sonst etwas, selbst vom gemeinen deutschen Rechte durchaus Abweichendes festsetzen würde. Denn zwar finden sich in älteren und neueren deutschen Rechten Bestimmungen darüber, daß Fenster nach des Nachbars Hof nur in einer solchen Höhe, die das Hineinsehen verhindern, neu angelegt werden dürfen, insofern nicht das Recht auf niedriger angebrachte Fenster erworben ist. Statuten von Verden Stat. 89 bei **Pufendorf Observatt. Tom. I. Append. p. 107.** Statuten von Einbeck, Cap. 17, Art. 1, (Ebendas. **T. II. Append. p. 224. 25**). Breslauische Bauordnung 1608 (bei Leucht **de jure fenestrarum p. 107**). Baustatuten für die Altstadt Hannover von 1731. § 2 (bei Leonhardt Statuten und Observanzen der Stadt Hannover **p. 32.**) — Preußisches Landrecht Th. I. Tit. 8 **p. 138.**

Dagegen dürfte sich schwerlich in irgend einem deutschen Recht, weder ältern, noch neuern, die Bestimmung finden, daß bestehende hergebrachte Fenster auf des Nachbars Verlangen in einer das Hineinsehen in dessen Grundstück erschwerenden Weise erhöhet werden müssen.

D. Auch redet dasjenige Gesetz, welches unverkennbar die Quelle der fraglichen Bestimmung des § 7 **cit.** ist, nämlich der **code civil** Art. 677 nur von der Anlegung neuer Fenster.

E. Endlich hat sich der neueste, das Baustatut behandelnde Schriftsteller für die in dem Bisherigen vertheidigte Auslegung des § 7 erklärt. Bender Handbuch des Frankfurter Privatrechts, **p. 236.**

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß die Beklagten vorgeschützt und ausgeführt haben, daß die Beschaffenheit der betreffenden Zimmer die in dem Baustatut Cap. 7 § 7 vorgeschriebene veränderte Stellung der Fenster nicht gestatte und daher die Beklagten zum Beweise dieser Einrede zuzulassen sind.

Das Appellationsgericht erkannte:

Die Vorschrift des hier zur Anwendung kommenden § 7 im

Cap. 7 des Baustatuts ist ganz positiv und eine Modification desselben je nach der Beschaffenheit des verpflichteten Hauses nirgends in Aussicht gestellt; namentlich ist nirgends vorgeschrieben, welches Maß von Raum für die Fenster übrig bleiben müsse und daß der hieran fehlende an den fraglichen 8 resp. 6 Fuß gekürzt werden dürfe, wie dies die Schlußerklärung der Beklagten unterstellt.

X.

Die Wittwe des verstorbenen Arztes Dr. med. J. P. H. Pfefferkorn, geb. Sackreuter dahier, Impetrantin und Klägerin

contra

Johannes Ochs dahier, Impetraten u. Beklagten.

Zu Gunsten des Grundstückes Lit. C Nr. VII, wurde am 2. Febr. 1835 in einem Kaufbriefe auf das Grundstück Lit. C Nr. 128 die Dienstbarkeit gelegt, auf einem Flächenraum von 30 Schuh von der Gränzmauer an die Aussicht nicht zu verbauen. Nachdem in mehreren Prozessen zwischen den Nachbarn diese Servitut rechtskräftig anerkannt war, nahm Joh. Ochs auf dem Grundstück Lit. C Nr. 128 längs der Gränzmauer eine Erdanhäufung (Terrassenanlage) vor und bepflanzte dieselbe mit einem Baum und Reben, aus welchen eine Laube gebildet werden sollte.

Auf Impetration der Eigenthümerin und Verwalterin des Grundstückes Lit. C Nr. VII erkannte das Stadtgericht am 2. Juni 1851:

Beklagter ist schuldig,

A. binnen 14 Tagen die von ihm angelegte Gartenterrasse sammt allen Anpflanzungen darauf wieder abzutragen und den Servitutenraum von 30 Schuh wieder in den Zustand herzustellen, wie derselbe sich vor der erwähnten Anlage befunden hat;

B. der Klägerin allen durch seine servitutenwidrige Handlung verursachten Schaden zu ersetzen;

C. derselben die Streitkosten zu ersetzen.

Auf Appellation und Antrag auf Aktenversendung von Seiten des Beklagten hob das Spruchcollegium zu Heidelberg dieses Erkenntniß auf und ließ der Klägerin, Gegenbeweis vorbehältlich, den Beweis nach,

daß die in Frage stehende Terrassenanlage des Beklagten ihrem Rechte auf Aussicht widerstreite,

unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Dieses Erkenntniß wurde auf Oberappellation der Klägerin vom Oberappellationsgericht am 5. März 1853 unter Verurtheilung derselben in die Kosten dieser Instanz bestätigt, weil Beklagter sich bei demselben beruhigt hatte.

19. Bloße Veränderung und Erhöhung der Erdfläche (Terrassenanlage) gehören ebensowenig wie Anpflanzungen zu dem Begriffe eines Baus.

Durch die in den Vorprozessen zwischen dem verstorbenen Ehemanne der Klägerin und dem Vorbesitzer des Beklagten Keßler ergangene Urtheile des Stadt- und App.-Gerichts vom 11. October 1843 und 3. Jan. 1844 resp. 26. Febr. 1844 steht zwar

A. hinsichtlich des von der Klägerin angesprochenen Aussichtsrechts

1. so viel rechtskräftig fest, daß die im § 5 des Kaufvertrags zwischen den Burnitz' und Zimmermann'schen Eheleuten vom 2. Febr. 1835 getroffene Stipulation, wodurch letztere sich verbindlich machten, hinter der auf Kosten des Käufers aufzuführenden Gränzmauer nach dem ihnen verbleibenden Bleichgarten hin bis auf 30 Schuh die Aussicht nicht zu verbauen, die Bestellung eines Servitutenrechts enthalte. Nicht minder ist dadurch

2. per rem judicatam festgestellt, daß in Folge des an demselben Tage zwischen Burnitz und Pefferkorn verabredeten, in dem Währschaftsbrief vom 14. Oct. 1835 bekundeten Tausches jenes Servitutenrecht auch für das klägerische Besitzthum angesprochen worden und wie es in dem Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 11.

Oct. 1843 heißt, auf dem Grundstück des Beklagten zu Gunsten des klägerischen Hauses hafte. Endlich ist auch dies

3. rechtskräftig durch das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 26. Febr. 1844 entschieden, daß Bauanlagen innerhalb des durch gedachten § 5 festgestellten Raumes von 30 Schuh hinter der Gränzmauer selbst dann servitutwidrig und verboten seien, wenn sie die Höhe der Gränzmauer nicht erreichten und darüber hinaus in den Luftraum und Gesichtskreis nicht hineinragen sollten. Wenn aber

4. klägerischer Seits behauptet werden will, es sei durch letztgedachtes Erkenntniß auch dies rechtskräftig festgestellt, daß jede nicht vorübergehende Einrichtung, wodurch die Aussicht vom klägerischen Grundstücke aus beeinträchtigt sein würde, selbst wenn sie nicht als ein eigentlicher Bau gelten könne und im gewöhnlichen Leben nicht als Bau bezeichnet werde, als in Folge jener Servitut-Bestellung verboten anzusehen wäre, so erscheint dies durchaus unbegründet, indem zwar in den Entscheidungsgründen sub 5 eine dem entsprechende Aeußerung vorkommt, darüber aber schon nach der ganzen Fassung mit „würde" und „wäre" kein Zweifel möglich ist, wie das damals wider die Abtritts-Anlage ergangene Verbot lediglich darauf gestützt wurde, daß solche für eine eigentliche Bauanlage erachtet werden müsse, mithin bloß dies als Element des decisi angesehen werden und nur soviel als rechtskräftig festgestellt gelten kann, daß wirkliche Bauten innerhalb jenes Raumes ohne Rücksicht auf ihre Höhe unstatthaft seien. Wie nun solchergestalt

5. Bedeutung und Umfang der fraglichen Servitut hinsichtlich solcher Anlagen und Einrichtungen, welche als Bau im engern und eigentlichen Sinne nicht gelten können, keineswegs als schon definitiv festgestellt, vielmehr insofern lediglich Inhalt und Wortlaut des § 5 für maßgebend zu erachten war, so konnte auch der den früheren Erkenntnissen zu Grunde liegenden Auffassung dieser Stipulation nicht beigetreten werden. Denn da jene Servitutbestellung als Beschränkung der natürlichen Eigenthumsfreiheit strict zu interpretiren ist, auch von Burnitz als Bauverständigen und vielbeschäftigtem Bauunternehmer so wenig als von dem zur

Abfassung des Kaufvertrags vom 2. Febr. 1835 zugezogenen Dr. Blum angenommen werden darf, daß die Fassung des gedachten § 5 kein Gegenstand näherer Erwägung gewesen sei, nun aber dieser ausdrücklich nur dahin lautet, „die Aussicht nicht zu verbauen," so muß die fragliche Servitut dahin aufgefaßt werden, daß hinter der Gränzmauer bis auf eine Entfernung von 30 Schuh keinerlei Bauanlage, welche der Aussicht irgendwie hinderlich oder nachtheilig wäre, solle erfolgen dürfen. Um einen Bau handelt es sich aber gegenwärtig selbst bei der Terrassenanlegung nicht, da diese in bloßer Veränderung und Erhöhung der Erdfläche besteht und weit entfernt eine wesentliche Aenderung des Servituten-Raumes zu sein, nicht einmal als eine bei Stadtgärten ungewöhnliche Bodenbenutzung angesehen werden kann. Vollends aber steht hiernach der vom Beklagten beliebten Anpflanzung das im § 5 bestellte Servitutenrecht nicht entgegen und der Klägerin die L. 12 D. de serv. praed. urb. (8, 2) um so weniger zur Seite, als in dieser Stelle nur von einer gewöhnlichen **servitus ne prospectui officiatur** die Rede ist.

So wenig als diesem allem nach das Verlangen der Klägerin, daß Terrasse nebst Anpflanzungen wieder weggeschafft werde, auf das ihrem Grundstück zuständige Servitutenrecht gegründet werden kann, erscheint es

B. dadurch gerechtfertigt, daß — — die Gränzmauer dicht, an welcher die Terrasse liegt, — — als alleiniges Eigenthum der Klägerin unstreitig gelten muß, indem dem Besitzer eines Grundstückes die Erhöhung der area, so lange er innerhalb der Gränzen seines Besitzthums und der dazu gehörigen Luftsäule bleibt, unbedenklich zusteht und selbst dann nicht, wie das O.-A.-G. schon in S. v. Lersner c. Gemeinde Niedererlenbach v. Jahr 1844 ausgesprochen hat, vom Nachbar untersagt werden kann, wenn solche Erhöhung an die Gränzmauer sich anlehnt und diese theilweise verdeckt.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß bei einer Servitut vorliegender Art dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die Befugniß zusteht, nicht allein Bauten im engern Sinne des Wortes, sondern über-

haupt jede bleibende Einrichtung, wodurch die Aussicht über und auf das dienende Grundstück geschmälert wird, namentlich auch Baumpflanzungen und Gartenanlagen zu verwehren,

L. 12 D. de serv. praed. urb. (8, 2)

daß nun aber die von dem Beklagten vorgenommene Erdanhäufung, welche mit den darauf befindlichen Anpflanzungen theilweise schon jetzt die Höhe der Gränzmauer erreicht, sich nicht als eine Bodenbenutzung zu gewöhnlichen Gartenzwecken, sondern vielmehr als eine wesentliche Aenderung des Servitutenraums sofort darstellt.

Die zweitinstanzlichen Entscheidungsgründe sprachen sich dahin aus:

Nach den Ausdrücken, mit denen die Bestellung der fraglichen Gerechtigkeit geschehen (die Aussicht nicht zu verbauen) und nach dem Inhalt der rechtskräftigen Entscheidungen steht nun keineswegs anzunehmen, daß jene Gerechtigkeit mit einer römischen **servitus ne prospectui officiatur** gleichbedeutend sei. Das **prospectui officere** ist keineswegs auf eine Beschränkung der Aussicht durch Bauen beschränkt, sondern umfaßt jede Vorrichtung, welche auf einen „**gratiorem prospectum et liberum**“ einen Einfluß übt,

L. 15 D. serv. praed. urb. 8, 2.

Einer solchen Servitut würde selbst eine solche Einrichtung widerstreiten können, welche den Gegenständen, die sich der Aussicht darbieten, bloß ein verändertes Aussehen mittheilten, wie z. B. die Pflasterung eines Garten oder Wiesenplatzes. — — Die Bestellung der fraglichen Gerechtigkeit geht aber nur auf das Unterlassen des Verbauens, läßt also das Bauen frei, so lange es nicht ein Verbauen wird. Sie geht auch nicht dahin, daß das dienende Grundstück dem Bewohner des herrschenden zum Gegenstand der Aussicht diene, sondern dahin, daß es keine Baueinrichtungen trage, welche die Aussicht hindern. Und sie kann auch nur von einer Aussicht von Menschen verstanden werden und eben nur von einer Aussicht, d. h. von einem freien Blicke ohne ein bestimmtes Ziel in einer bestimmten Richtung. — —

Was nun die Beschaffenheit der jetzt in Rede stehenden An=

lage des Impetraten betrifft, so können die Anpflanzungen an sich nicht als servitutwidrige Handlungen erscheinen. Denn sie sind eben keine Bauten. Und wenn sie in Folge einer in die Categorie der Bauten gehörenden Anlage eine Hinderung der Aussicht herbeiführen sollten, so würde es dazu nicht genügen, daß sie in den Gesichtskreis der Aussicht hineintreten, sondern es würde erforderlich sein, daß sie auf die Totalität der Aussicht einen hindernden Einfluß übten. — — — Erst dann, wenn eine Veränderung der Stellung der Person, die nicht der Natur der Sache nach zu einem Aussichtnehmen gehört, erforderlich ist, um eine Aussicht in ihrer Vollständigkeit zu gewinnen, kann von einem Verbauen die Rede sein. — — — Nur dann ist ein Zuwiderhandeln gegen das Aussichtsrecht vorhanden, wenn jene Einrichtung eine senkrechte Fläche dem Auge gegenüber durch die ganze Breite der Aussicht darbietet. Das ist aber nicht allein nicht bei den gedachten Anpflanzungen der Fall, sondern ebensowenig bei der aufgeworfenen Terrasse. Das bloße Dasein eines solchen Erdaufwurfs innerhalb der Gränzen des Servitutenraums kann also noch keineswegs ein Verbauen der Aussicht begründen, wenn auch dessen Anlage ein Bau ist. — Es ergibt sich nun aus der bisherigen Erörterung, daß die erforderliche Verletzung eines Interesse der Impetrantin erst dann begründet ist, wenn die fragliche Anlage des Impetraten mit ihrer Aussichtsberechtigung im Widerstreite steht, daß aber Merkmale eines solchen Widerstreites in der angestellten Klage noch nicht als erwiesen aufzufinden sind. — — Es mußte auf Beweis erkannt werden, weil der Abweisung angebrachter Maßen der Umstand entgegen steht, daß der Klage die Behauptung eines bestimmten Rechts auf Aussicht und dessen Begründung durch Berufung auf rechtskräftige Entscheidungen eben so wenig abgeht, als die Angabe eines bestimmten Unternehmens des Impetraten und eine Bezeichnung desselben als einer Servitutenwidrigkeit und einer Beeinträchtigung des impetrantischen Rechts auf Aussicht. Die Aufstellung der thatsächlichen Momente, welche die Richtigkeit dieser Bezeichnungen bedingen, erscheint daher als eine Sache der Beweisführung.

20. **Interdictum quod vi aut clam in Verbindung mit dem petitorium.**

Wenn Klägerin für den Fall, daß nicht auf Grund ihrer Servitutberechtigung die Wegnahme der Terrassenanlage eintrete, diese wenigstens in Folge des von ihr angestellten **interdictum quod vi aut clam** verlangen und so mindestens vorerst eine Herstellung des Stadtgerichts=Erkenntnisses gewärtigen zu können vermeint, so ist zwar in

L. 1 § 3 D. quod vi aut clam

anerkannt, daß bei diesem Interdikte der Kläger auf Einreden, welche das Recht des Gegners zu dem fraglichen **opus** betreffen, sich nicht einzulassen brauche. Wo aber derselbe, wie hier geschehen, ausdrücklich sich damit einverstanden erklärt, daß in dem durch das **interdictum** veranlaßten Prozesse alsbald auch über die (übrigens nicht erst **excipiendo** vom Beklagten, sondern schon in der Klage mit hineingezogene) Rechtsfrage verhandelt und definitiv erkannt werde, kann die Cumulation des **petitorii** mit jenem Interdikte nicht bloß kein Bedenken haben, sondern auch das Enderkenntniß gar nicht ohne Entscheidung über Ersteres erfolgen, und macht diese jede besondere Entscheidung über das Interdikt um so gewisser überflüssig und unzulässig, als bei einem dem Kläger günstigen Ausgang des **petitorii** die Condemnation des Beklagten in noch größerem Umfange erfolgt, entgegengesetzten Falles aber die auf Grund des Interdikts zu erkennende Wegschaffung der nach dem Ausgang des **petitorii** demnächst doch wieder herstellbaren Anlage mit der bekannten Vorschrift der **L. 173 § 3 D. de reg. jur. (50. 17)** in Widerspruch treten würde.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung daß, da schon jetzt ohne weitere Verhandlungen das Servitutenrecht der Klägerin feststeht, die Frage, ob die fragliche Anlage gewaltsam oder heimlich vorgenommen worden sei, keiner weiteren Erörterung mehr bedarf.

Bayer summar. Prozesse § 79.

XI.

Josephine Klemm, geb. Kummer in Wien, Klägerin
contra
die Curatoren des Joh. Ludw. Lemme dahier, Beklagte.

Johann Ludwig Lemme wurde durch Beschluß des Stadtgerichts II vom 8. Juli 1850 für einen Verschwender erklärt und unter Curatel gestellt. Lemme, ein hiesiger Bürgerssohn diente vorher als Lieutenant im k. k. österreichischen Militär. Josephine Klemm geb. Kummer in Wien producirt zur Klage:

1. einen vom gewesenen Lieutenant Lemme vom 1. Aug. 1848 zu Wien ausgestellten und von 4 anderen Offizieren als Bürgen und Zahler unterschriebenen, auch von dem Auditeur beglaubigten Schuldschein über fl. 3500 C. M., worin dieselben sich verpflichten, dem Darleiher Moritz Czech oder dessen Cessionar diesen dargeliehenen Betrag sammt 6% Zinsen am 2. Febr. 1850 in solidum oder zur ungetheilten Hand d. i. Einer für Alle und Alle für Einen, und zwar in Silberzwanziger, 3 Stück auf fl. 1, zu bezahlen.

2. Eine am 23. Aug. 1848 ausgefertigte Cessionsurkunde, worin der ursprüngliche Gläubiger Czech diese Forderung von fl. 3500 C. M. an Fräulein Josepha Kummer abtritt. Auch erkennen die sub 1. genannten Personen die Richtigkeit der Schuld an. Die Unterschriften der fünf Offiziere sind von dem Auditeur beglaubigt.

3. Eine von Ludwig Lemme am 2. Aug. 1850 zu Wien in Gegenwart des Kriegsministerial-Advokaten Neumyster und 2 Zeugen ausgestellte Erklärung, worin derselbe die obige Schuld, sowie eine Schuld von gleichem Betrage (welche Schulden bereits in Wien eingeklagt waren) gegen Babette Kummer und Frau Anna Litarschek als richtig anerkennt und solche nebst Zinsen,

sowie den aufgelaufenen fl. 350 betragenden Kosten zu zahlen verspricht.

Das Stadtgericht erkannte am 5. Sept. 1851:

C. Die Beklagten sind schuldig binnen einer noch vorzuberaumenden Frist den Betrag von fl. 3500 C. M. nebst Zinsen zu 5% vom 12. Aug. 1848 an die Klägerin zu bezahlen und derselben $^9/_{10}$ der entstandenen Streitkosten zu ersetzen;

D. Mit dem Anspruch auf Ersatz von fl. 175 für Prozeßkosten und auf Vergütung höherer Zinsen, als zu 5% wird Klägerin abgewiesen.

Auf Appellation der Beklagten änderte am 8. März 1852 das Appellationsgericht des membr. C. dahin ab:

Daß Beklagte noch zur Zeit nicht schuldig seien, den Betrag von fl. 3500 C. M. nebst Zinsen zu 5% vom 12. Aug. 1848 ab, an die Klägerin zu bezahlen, vielmehr Beklagten der Beweis nachzulassen sei,

entweder

a. daß nach österreichischem Rechte Lemme am 12. und 23. August 1848, — an welchen Tagen er noch nicht 24 Jahre alt war — sich nicht habe rechtlich verbinden können; oder

b. daß Lemme

1. auf die Urkunde vom 12. Aug. 1848 keine fl. 3500, sondern nur fl. 1100 oder wie viel weniger als fl. 3500 C. M. erhalten habe, und

2. daß die Cessionsurkunde vom 23. August 1848 von Lemme unterschrieben worden, bevor der Name der Cessionarin darin stand, daß mithin,

3. Lemme die Forderung gegen die Cessionarin selbst nicht für richtig anerkannt habe.

Je nach Ergebniß eines oder des anderen dieser unter *a* und *b* normirten Beweise — und der der Klägerin vorbehaltenen Gegenbeweise — ist sodann weiter zu erkennen, was Rechtens. Compensation der Kosten.

Auf beiderseitige Oberappellation stellte das Oberappellationsgericht am 8. März 1853 das stadtgerichtliche Urtheil

wieder her. Die Hälfte der Kosten dieser Instanz werden compensirt, in die andere Hälfte werden die Beklagten verurtheilt.

21. Einrede der Rechtshängigkeit.

Der Grund, aus welchem die beiden vorigen Gerichte die Einrede verworfen haben, daß nämlich die zu Wien anhängige Sache bereits vor oder bei Erhebung der jetzigen Klage abgerufen worden sei, kann nicht als zutreffend angesehen werden. Denn in der jetzigen Klage wurde nur erklärt, der Anwalt solle den früheren Antrag auf Sicherheitsarrest und deßfallsige Execution fallen lassen, was eine Zurücknahme der in Wien erhobenen Hauptklage nicht in sich schließt, und etwas Weiteres enthält auch die an demselben Tage (3. Okt. 1850) von dem klägerischen Anwalt vor der Stadtgerichts-Commission abgegebene Erklärung nicht; denn obwohl sie dahin geht, er wolle „diese Sache" hiermit abgerufen haben, so kann unter diesem Ausdruck doch nichts Anderes verstanden werden, als der durch die Requisition an das Stadtgericht zu Frankfurt gelangte Antrag auf Sicherstellung, wie dies durch den Zusatz, er bitte die Sache auf sich beruhen zu lassen, welcher sich nur auf weitere Schritte des Stadtgerichts beziehen konnte, nur um so unzweifelhafter wird.

Allein die Einrede stellt sich, auch wenn man von der Erklärung in der Replik der Klägerin absieht, jedenfalls durch die am 17. März 1851 vor dem Gericht in Wien erklärte Zurücknahme der dortigen Klage als beseitigt und die Beschwerde der Beklagten über die Verwerfung der Einrede (grav. I) daher als unbegründet dar. Nun ist diese Zurücknahme allerdings erst zu einer Zeit erfolgt, wo die gegenwärtige Klagsache bereits in Verhandlung begriffen war, jedoch noch vor dem ersten darin ergangenen Erkenntniß. Das Oberappellationsgericht hat aber bereits wiederholt angenommen, daß wenn eine Forderung vor eingetretener Fälligkeit eingeklagt, die Forderung aber im Lauf des Prozesses fällig wird, dadurch die Einrede der zu früh erhobenen Klage als beseitigt angesehen werden muß.

Frankfurt. Sachen: Jacquet c. Kühler-Emkes, 1849.
Prenck Ehefrau und Rhein c. May, 1850.

Dieser Grundsatz ist nun auch auf die Einrede der Rechtshängigkeit völlig anwendbar, da es sich bei ihr ganz ebenso nur um ein Hinderniß der Klaganstellung, nicht um eine Bedingung der Existenz des eingeklagten Rechts selbst handelt. Im vorliegenden Falle ist dieses um so unbedenklicher, als die Einrede der Rechtshängigkeit wegen einer gegen Lemme gerichteten Klage, der obigen Ausführung gemäß, erst in zweiter Instanz zu einer Zeit vorgeschützt worden ist, wo die Einrede bereits wieder beseitigt war.

2. Die Einrede, daß die gegenwärtige Forderung gegen die Mitschuldner Lemme's rechtshängig sei, ist nicht nur zeitig vorgeschützt, sondern es ist auch durch die mit der Duplik producirten Anlagen 2 und 3 bescheinigt worden, daß die gegen einen Mitschuldner, den Grafen Esterhazy, erhobene Klage, noch nach Einreichung der Replik in vorliegender Sache, ungeachtet der darin enthaltenen Erklärung der Klägerin, daß sie von der Klage gegen die Mitschuldner abstehe, in Verhandlung begriffen war.

Die Verwerfung dieser Einrede kann nun zwar nicht mit dem Stadtgericht durch § 891 des österreichischen Gesetzbuchs motivirt werden, da dieser Paragraph lediglich auf die materiellen Rechtsverhältnisse Bezug hat und über die prozessualische Zulässigkeit gleichzeitiger Verhandlung verschiedener Klagen gegen Correalschuldner nichts bestimmt, wenn es aber der Fall wäre, hier nicht entscheiden könnte, da für prozeßrechtliche Fragen in vorliegender Sache ausschließlich das zu Frankfurt geltende Recht anwendbar ist.

Allein nach dem zu Frankfurt gültigen gemeinen Rechte muß die Einrede für unbegründet gehalten werden. Die Einrede der Rechtshängigkeit (Litispendenz) hat einen rein prozessualischen Grund und Zweck; sie soll dagegen schützen, daß eine Parthei nicht über den nämlichen Streitgegenstand gleichzeitig in zwei Prozesse verwickelt werde, soll also von demjenigen, welcher in der Prozeßführung über eine Sache begriffen ist, eine neue Klage seines Gegners über dieselbe Sache abwenden. Es genügt daher zu ihrer Begründung nicht, daß dieselbe Sache in Frage stehe, sondern sie setzt, wie dies auch schon aus dem Begriffe von lis als Rechtshandel unter bestimmten Partheien folgt, nothwendig Identität der streitenden

Partheien in beiden Prozessen voraus, und kann auf die Klagerhebung gegen mehrere Correalschuldner in keiner Weise angewendet werden.

Mevius decisiones P. 7. dec. 22. not. 2 & 3. **Leyser** Meditat. T. 7. spec. 522 med. 6. **Plank** Mehrheit der Rechts-Streitigkeiten, Göttingen 1844. S. 287.

Hierdurch ist keineswegs ausgeschlossen, versteht sich vielmehr von selbst, daß eine dem Kläger von dem einen Correus geleistete Zahlung auch dem andern zu Gute komme, und die Gefahr, zur Zahlung einer bereits von einem andern Correus getilgten Forderung veranlaßt zu werden, wird nicht erst durch die gleichzeitige Prozeßführung herbeigeführt, wie die Beklagten meinen, sondern ist schon durch das Correalverhältniß an und für sich begründet.

Das **Stadtgericht** erkannte:

7) Die Einrede der Rechtshängigkeit ist zu verwerfen, weil die Klägerin, ehe sie die jetzt zu entscheidende Rechtssache anhängig machte, die früher in Wien erhobene und in dem Executionsverfahren hierher gelangte Klage in Gemäßheit gesetzlicher Vorschriften förmlich zurückgenommen hat

Ref. I., 17 § 5.

Zur Begründung dieser Einrede können sich auch die Beklagten keineswegs auf die gegen den als Bürgen und Zahler mitunterschriebenen Lieutenant **Esterhazy** in Wien angestellte Klage beziehen. Da nämlich der hier in Frage stehende Vertrag zu Wien abgeschlossen wurde, so kann auch nur die österreichische Gesetzgebung maßgebend sein, nach dieser

bürgerl. Gesetzbuch § 891

war aber die Klägerin wohl befugt, gegen den Hauptschuldner und den solidarisch mitverhafteten Bürgen zu gleicher Zeit gerichtlich einzuschreiten.

Das **Appellationsgericht** erkannte:

In Erwägung, daß wenn auch

8) aus der in gegenwärtiger Instanz producirten Urkunde hervorgeht, daß der für den **Lemme** vor seiner Begnadigung bestellte Curator erst am 27. März 1851 um seine Entlassung bat und bei dieser Gelegenheit Dr. **Neumyster** erklärte, daß er

die Klage zurücknehmen und eine neue einreichen werde, letztere Erklärung ein ganz überflüssiger Akt war, da Klägerin bereits dahier in der Klagschrift erklärt hatte, daß sie die früher zu Wien gestellten Anträge auf Sicherheits-Arrest und Execution fallen lassen, auch bereits am 3. Oct. 1850, an welchem sie die Klage gegen Lemme dahier anstellte, bei der Stadtgerichts-Commission dahier die in Wien anhängig gewesene Klagsache abgerufen hat und zu Wien keine neue Klage mehr angestellt werden konnte, da Lemme, durch seine Verbannung aus dem Kaiserstaate, ferner der dortigen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen war.

22. Einrede der Theilung. Locus regit actum.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß in Beziehung auf die Einrede der Theilung das österreichische Recht zur Anwendung kommen muß, da es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, welches in Wien abgeschlossen wurde, auch dort zu erfüllen war, so daß, wie sowohl gemeinrechtlich, als nach § 36 des österreichischen Gesetzbuches anerkannt ist, hier die Regel: **locus regit actum** eintritt. Der Umstand, daß die Klage im Gerichtsstand des Wohnortes erhoben worden ist, erscheint dabei unerheblich, da jene Regel auf der stillschweigenden Unterwerfung der Contrahenten unter das örtliche Recht, also auf einer Uebereinkunft beruht, deren Wirksamkeit von dem Orte der Klage ganz unabhängig ist. Auch ist es völlig grundlos, wenn sich die Beklagten darauf berufen, die Bestimmung des Frankfurter Rechts über die Einrede der Theilung

Reform. Th. 2, Tit. 25. § 1.

sei eine Prozeßvorschrift von positiv zwingender Natur, wodurch die Berücksichtigung eines abweichenden auswärtigen Rechtes ausgeschlossen werde. Denn es ist von selbst klar, daß die Einrede der Theilung lediglich die materiellen Wirkungen des Rechtsgeschäftes betrifft; auch spricht die angeführte Stelle der Reformation nur ihre Zulässigkeit aus und läßt zugleich ausdrücklich einen Verzicht auf dieselbe zu; einem solchen steht es aber ganz gleich, wenn sich der Schuldner einem Recht unterwirft, welches die Einrede ausschließt.

Nun bestimmt zwar § 1357 des österreichischen Gesetzb., daß derjenige, welcher sich als Bürge und Zahler verpflichtet habe, als

ungetheilter Mitschuldner für die ganze Schuld hafte. Ob indessen hieraus irgend etwas zu Gunsten des Hauptschuldners würde hergeleitet werden können, kann dahingestellt bleiben. Denn im vorliegenden Falle hat sich Lemme in dem Schuldschein vom 12. August 1848 mit den vier Bürgen und Zahlern „zur ungetheilten Hand, d. i. Einer für Alle und Alle für Einen" zur Verzinsung und Zurückzahlung des Darlehns verpflichtet, und in der Cessionsurkunde vom 23. ejusd. ist auf die Bestimmungen des Schuldscheins ausdrücklich wieder Bezug genommen. Im Fall einer solchen solidarischen Verpflichtung schließt aber § 891 des österreich. Gesetzb. die Einrede der Theilung klar aus, und daß daran auch durch die von den Beklagten angeführten § § 893 und 896 des österreich. Gesetzb. nichts geändert wird, bedarf keiner Auseinandersetzung.

23. Die Einrede der Zuvielforderung.

Es kann jedoch auf den Grund einer Zuvielforderung die Abweisung der Klage nur verlangt werden, wenn die desfallsige Einrede als eine dilatorische vor der Einlassung vorgeschützt und mit der Bitte um Entbindung von der Klage verbunden, nicht aber, wenn sie erst nachher in die peremtorischen Einreden eingeflochten wird, wie das Oberappellationsgericht bereits früher erkannt hat,

Frankfurt. Sachen: Lebling c. Gerothwohl, 1832.

„ „ Hummel c. Langenbach, 1832.

während in der vorliegenden Sache der Einwand der Zuvielforderung in der Exceptionsschrift erster Instanz in jener Weise nicht geltend gemacht, vielmehr speciell nur als Folge der Theilungseinrede vorgebracht worden ist. Ueberdieß begründet eine Zuvielforderung auch nur dann eine Abweisung der Klage, wenn die ganze eingeklagte Forderung von ihr betroffen wird, nicht aber wenn die Klage nur in einem einzelnen Klagpunkt unbegründet erscheint, hinsichtlich der anderen Klagpunkte aber zu einer Verurtheilung des Beklagten oder zu einer Beweisauflage geführt hat, wie gleichfalls von dem Oberappellationsgericht wiederholt ausgesprochen worden ist

Frankfurt. Sachen: Krane-Matena c. Curatores des v. Syberg'schen Nachlasses, 1836.
" " Basse c. Spencer u. Sohn, 1838
" " v. Choffy c. Hildebrand Erb. 1852.

24. Einrede der Minderjährigkeit. Durch den Eintritt in österreich. Militärdienst wird das Staatsbürgerrecht nicht erworben.

Die Behauptung, der Beklagte sei bei Eingehung des Rechtsgeschäfts noch minderjährig und deßhalb nicht dispositionsfähig gewesen, bildet nach heutigem Prozeßrecht unzweifelhaft eine vom Beklagten gehörig vorzuschützende Einrede. Diese muß aber im vorliegenden Fall

1. als versäumt angesehen werden, da sie in der Exceptionsschrift gar nicht vorkommt, sondern erst in der Duplik zur Sprache gebracht ist. Dies wird auch nicht etwa dadurch gerechtfertigt, daß die Klägerin erst in der Replik die Behauptung vorgebracht hat, Lemme sei durch seinen Eintritt in den österreichischen Militärdienst österreichischer Staatsbürger geworden. Denn es handelt sich hierbei nicht etwa um eine den Beklagten vorher unbekannte Thatsache, sondern um Anwendung der ihnen von Anfang an völlig zugänglichen österreichischen Gesetzgebung, worüber sie sich vor der Exceptionsschrift eben so gut, als über die Begründung jeder anderen Einrede, die erforderliche Kenntniß zu verschaffen hatten. Von der Frage, ob selbst das hierher gehörige Vorbringen in der Duplik als genügende Nachholung der Einrede würde gelten können, darf aber um so mehr abgesehen werden, als es überdies

2. bereits für erwiesen zu halten ist, daß durch den Eintritt in den österreichischen Militärdienst die dortige Staatsbürgerschaft mit der hier in Frage stehenden Wirkung nicht begründet wird. Obwohl nämlich im § 29. des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt ist, daß Fremde die österreichische Staatsbürgerschaft durch Eintritt in einen öffentlichen Dienst erwerben, so hat doch diese Vorschrift durch ein auf den Grund Kaiserlicher Entschließung erlassenes Hofcanzlei-Decret vom 29. September 1818, abgedruckt in

Scheidlein, Commentar über die bürgerlichen und politischen Gesetze, welche seit der eingetretenen Wirksamkeit des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches nachträglich erschienen sind. Wien, S. 41 ff.

eine authentische Interpretation dahin erhalten, daß geborne Ausländer, welche in der österreichischen Armee durch was immer für eine Zeit als Offiziere dienen, zwar von den Vortheilen der österreichischen Staatsbürgerschaft nicht ausgeschlossen seien, aber bloß durch den bekleideten Offiziers-Charakter außer den Militärpflichten die übrigen Verpflichtungen der österreichischen Staatsbürgerschaft noch nicht übernehmen. Es geht hieraus so viel klar hervor, daß die Bekleidung einer Offiziersstelle in der österreichischen Armee unter dem in § 29 des bürgerlichen Gesetzbuches erwähnten „öffentlichen Dienst" nicht in vollem Umfange mitbegriffen sein soll — wie denn auch ein weiteres Hofcanzlei-Decret vom 14. Sept. 1820, abgedruckt in

Scheidlein a. a. O. S. 43.

unter Bezugnahme auf jene erstere Verordnung geradezu erklärt, daß, während nach § 29 des Gesetzbuches das Staatsbürgerrecht durch zehnjährigen Wohnsitz erworben wird, dasselbe durch zehn in österreichischen Militärdiensten zugebrachte Jahre nicht begründet werde — und legt man die in jener Verordnung gemachte Unterscheidung zwischen den mit der österreichischen Staatsbürgerschaft verknüpften Vortheilen und Verpflichtungen zu Grunde, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die weitere Hinaussetzung des Termins der Volljährigkeit und die dadurch bedingte längere Unselbstständigkeit nicht zu den ersteren, sondern zu den letzteren gerechnet werden muß. Die fortdauernde Gültigkeit der angeführten Verordnungen zu bezweifeln, liegt um so weniger Grund vor, als ein neuerer österreichischer Schriftsteller

v. Püttlingen die gesetzliche Behandlung der Ausländer in Oesterreich, Wien 1842. § 7. 8. 218. 219.

sich auf die Verordnung von 1818 ausdrücklich bezieht, und es bestimmt als geltendes Recht erklärt, daß die österreichische Staatsbürgerschaft durch Eintritt in den Militärdienst nicht begründet werde; auch die Beklagten sich nicht etwa auf neuere gesetzliche

Bestimmungen, sondern noch in jetziger Instanz lediglich auf den § 29 des bürgerlichen Gesetzbuches berufen haben.

War Lemme sonach, seines Militärdienstes ungeachtet, Ausländer geblieben, so muß seine Rechtsfähigkeit wie dies sowohl in der Doctrin unbestritten, als im österreichischen Gesetzbuch § 34 anerkannt ist, nach den Gesetzen seiner Heimath, also nach Frankfurter Recht, beurtheilt werden, und die noch in jetziger Instanz wiederholte Behauptung der Beklagten, die Anwendung des österreichischen Rechtes auf die Beurtheilung der Gültigkeit und Wirkungen des vorliegenden Rechtsgeschäfts müsse auch die Beurtheilung der Rechtsfähigkeit der Contrahenten nach demselben Recht zur Folge haben, bedarf keiner Widerlegung.

25. Einrede des nicht gezahlten Geldes. Oesterreich. Gesetzbuch § 1396. Cessionsurkunde in blanco.

I. Daß nämlich das österreichische Recht auch hinsichtlich dieser Einrede und der ihr entgegengesetzten Replik der Anerkennung anwendbar sei, ist aus den oben Nr. 22 bemerkten Gründen außer Zweifel.

Der Inhalt des österreichischen Gesetzbuchs § 1396 ist aber für die Verwerflichkeit der Einrede völlig entscheidend, so daß kein Grund vorliegt, darüber erst noch einen Beweis aufzulegen. Der Paragraph behandelt im Gegensatz zu den beiden vorangehenden Paragraphen die Fälle, in denen der Schuldner durch die Cession von einer Veränderung seines Verhältnisses betroffen wird. Im ersten Satz des Paragraphen heißt es, daß der Schuldner nicht mehr an den Cedenten Zahlung leisten könne, sobald ihm der Cessionar bekannt gemacht worden sei; es wird aber hinzugefügt, daß ihm das Recht bleibe, seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen. Darauf folgt der zweite Satz, welcher sagt, wenn der Schuldner die Forderung gegen den redlichen Uebernehmer für richtig erkannt habe, so sei er verbunden, denselben als seinen Gläubiger zu befriedigen. Es ist klar, daß dieser zweite Satz eine Steigerung im Vergleich zum ersten enthält, daß der vom Schuldner ausgehenden Anerkennung der Forderung eine weitergehende Wirkung beigelegt werden soll,

als der bloßen Bekanntmachung der Cession an den Schuldner, indem sonst der zweite Satz ganz zwecklos dastehen würde. Es ist aber auch nicht zweifelhaft, worin die weitergehende Wirkung besteht, da der Gegensatz dadurch, daß im ersten Theil des Paragraphen dem Schuldner das Anbringen seiner Einwendungen vorbehalten ist, im zweiten derselbe ohne diesen Vorbehalt zur Befriedigung des Cessionars als seines Gläubigers schuldig erklärt wird, deutlich ausgedrückt ist. Dazu kommt noch das im zweiten Satz ein „redlicher" Uebernehmer vorausgesetzt wird; der Zweck ist demnach unverkennbar: der Cessionar, welcher die Forderung in der Ueberzeugung ihrer Richtigkeit an sich bringt, soll durch die Anerkennung des Schuldners gegen alle ihm unbekannte Einwendungen sicher gestellt werden. Die Richtigkeit dieser Auslegung wird auch von

v. Zeiller Commentar Bd. 4 S. 90.

als ausgemacht angenommen.

Die Klägerin hat sich dagegen in ihrem grav. II darüber beschwert, daß die Beklagten zu den vom Appellationsgerichte in der angegebenen Weise normirten Beweisen zugelassen und nicht vielmehr das deßfallsige Vorbringen derselben, in specie die Einrede des nicht gezahlten Geldes verworfen worden sei, und diese Beschwerde war für begründet zu halten, wodurch sich zugleich die eventuelle Beschwerde der Beklagten, daß die Beweisauflage nicht mit auf die Unterzeichnung vor Ausfüllung des Tages der Cession erstreckt worden sei, von selbst erledigt.

II. Es handelt sich ferner darum, ob in dem Fall, wenn die Cessionsurkunde, zur Zeit als Lemme mittelst derselben die Forderung für richtig anerkannte, den Namen der Cessionarin noch nicht enthalten haben sollte, die Anerkennung für wirkungslos und die Anwendung des § 1396 des österreichischen Gesetzbuches daher für ausgeschlossen gehalten werden müßte. Dabei ist nun zunächst soviel außer Zweifel, daß es jedenfalls darauf ankommen würde, ob zur Zeit der Beglaubigung der Cessionsurkunde der Name der Cessionarin noch nicht eingetragen war. Denn da in der Beglaubigung ausdrücklich bezeugt ist, daß die Urkunde dem Willen Lemme's gemäß ausgestellt sei, so ist es gleichgültig, ob der Name der Cession. noch fehlte, als Lemme die Urkunde unter-

schrieb wenn er nur bis zur Beglaubigung ausgefüllt war, da Lemme dann durch seine Recognition vor dem Regimentsgericht die Anerkennung der Forderung der Cessionarin gegenüber bewirkt haben würde.

Das Vorbringen der Beklagten nun, daß zur Zeit der Schuldanerkennung der Name der Cessionarin noch nicht eingetragen gewesen sei, kann,

a. nicht als versäumt angesehen werden, was die Klägerin deßhalb behauptet, weil es eine in erster Instanz nicht vorgeschützte Einrede sei, und ihre Zulassung den Verlust der möglichen Repliken dagegen zur Folge haben würde. Das Vorbringen ist aber keine Einrede gegen die Klage, sondern soll zur Beseitigung einer Replik dienen, konnte daher, mag man es nun als eine Duplik oder als eine Beweiseinrede gegen die zur Begründung der Replik benutzte Klagbeilage *b* auffassen, jedenfalls noch in der Duplikschrift geltend gemacht werden; und hier haben die Beklagten nicht nur ausdrücklich geläugnet, daß Lemme die Schuld der Klägerin gegenüber anerkannt habe, sondern auch behauptet, Lemme habe ein ihm vorgelegtes Cessionsformular gleichzeitig mit dem Schuldschein unterzeichnet und der Name der Cessionarin sei erst später in dasselbe eingeschaltet worden. In diesem Vorbringen ist freilich die bestimmte Behauptung zu vermissen, daß der Name der Cessionarin zur Zeit der Beglaubigung der Cessionsurkunde noch nicht eingetragen gewesen sei; allein dieselbe kann doch, wenn man die einzelnen Theile jenes Anführens mit einander verbindet, darin gefunden werden, so daß die in jetziger Instanz von den Beklagten ausdrücklich aufgestellte Behauptung, die Cessionsurkunde sei ohne Ausfüllung des Namens der Cessionarin beglaubigt worden, als eine zulässige Erläuterung betrachtet werden muß.

Das fragliche Vorbringen der Beklagten stellt sich aber

b. als unerheblich dar. Der § 1396 des Oesterreichischen Gesetzbuchs spricht in seinem letzten Satz nicht etwa von einem Zahlungsversprechen, einem **constitutum debiti**, sondern nur von Anerkennung der Richtigkeit der Forderung durch den Schuldner, also von einem einseitigen Akt desselben. Wenn nun der bisherige Gläubiger eine in **blanco** ausgefertigte Cessionsurkunde dem

Schuldner vorlegt, und dieser in derselben Urkunde die Richtigkeit der Forderung zum Zweck der Sicherstellung des künftigen Cessionars und zu dessen Besten anerkennt, nachher aber der Gläubiger die Forderung einer bestimmten Person cedirt, deren Namen ausfüllt und ihr die Cessionsurkunde mit der darin enthaltenen Anerkennung des Schuldners übergibt, so kann es keinen Zweifel leiden, daß der Schuldner auf solche Weise die Richtigkeit der Forderung auch gegen den Cessionar anerkannt hat. Auch läßt sich mit Grund nicht einwenden, durch Zulassung des angegebenen Verfahrens bei Cessionen entstehe die Gefahr, daß ein Dritter als Cessionar nur vorgeschoben werde, um begründete Einreden zu beseitigen; denn es hängt ganz vom freien Willen des Schuldners ab, ob er, bevor ihm die Person des Cessionars bekannt gemacht worden ist, eine anerkennende Erklärung ausstellen und dem Cedenten zum Gebrauche überlassen will.

Ein Fall der vorbezeichneten Art steht aber hier unzweifelhaft in Frage. Die fragliche Urkunde enthält eine vollständig ausgefertigte Cession, an welche sich unmittelbar die Erklärung Lemme's über die Richtigkeit der Schuld anschließt und mit dem ausdrücklichen Versprechen verbunden ist, das fragliche Darlehn am Verfalltag an die Cessionarin zurückzuzahlen und inzwischen mit 6% zu verzinsen. Hatte daher Lemme den Inhalt der Urkunde ohne Ausfüllung des Namens der Cessionarin vor dem Regimentsgericht genehmigt, so konnte dies keine andere Bedeutung haben, als daß er dem Cedenten überließ, von der in der Urkunde enthaltenen Anerkennung für jede einzutragende Cessionarin Gebrauch zu machen.

Das Stadtgericht erkannte:

8. Die Einwendung, daß Lemme statt der zweimal verschriebenen fl. 3500 mit einem andern Schuldner (Czech) zusammen nur fl. 2200 von dem Darleiher erhalten habe, kann deßhalb nicht in Betracht kommen, weil das fragliche Darlehn in Wien aufgenommen wurde und daher hinsichtlich der Wirkungen dieses Rechtsgeschäftes das in Oesterreich geltende Recht zur Anwendung zu kommen hat, die Einrede des nicht empfangenen Geldes aber nach § 1396 des bürgerlichen Gesetzbuches gegen den Cessionar, wel-

chem gegenüber Lemme die fragliche Schuld für richtig anerkannt hat, nicht zulässig ist.

Das Appellationsgericht erkannte:

In Erwägung,

1. daß wie auch bereits in anderen Klagsachen gegen den gewesenen Lieutenant Lemme erkannt worden, hier das österreichische Recht zur Anwendung kommen muß;

2. nach diesem die Einrede der Zurückforderung und des nicht erhaltenen Geldes gegen den Cessionar nur dann nicht vorgeschützt werden kann, wenn der **debitor cessus** gegen den redlichen Uebernehmer selbst, die Forderung für richtig anerkannt hat, dieses aber von den beklagten Curatoren in Abrede gestellt und dagegen behauptet wird, die Cessionsurkunde sei von Lemme unterschrieben worden, bevor der Namen der Cessionarin und der Tag der Uebertragung ausgefüllt gewesen, Lemme habe sonach gegen die Cessionarin selbst die Richtigkeit der Forderung nicht anerkannt, welcher Beweis demselben nicht entzogen werden kann, daß

3. wenn der Beweis, daß Lemme die Cessionsurkunde unterschrieben habe, bevor der Name der Cessionarin ausgefüllt gewesen sei, und auch gegen die Cessionarin die Forderung für richtig nicht anerkannt habe, erbracht werden sollte, die Einrede der Zuvielforderung und des nicht bezahlten Geldes Platz greifen würde, weßhalb eventuell auch der Beweis dieser Einrede zuzulassen ist.

XII.

Josephine Klemm, geb. Kummer zu Wien, Klägerin
contra
die Curatoren des Johann Ludwig Lemme dahier, Beklagten.

Das Stadtgericht gab zur Befolgung des vorhergehenden Urtheils am 8. April 1853 eine Frist von 14 Tagen, erläuterte auf Antrag der Klägerin am 18. April 1853 das Erkenntniß vom

5. Sept. 1851 dahin, daß es sich von selbst verstehe, daß die Zahlung in Silbergeld zu leisten sei. Die Beklagten entrichteten nun die Summe von fl. 3500 C.-M. sammt Zinsen nach dem Stand der Wiener Bankvaluta an dem Tage der Zahlung, während zu gleicher Zeit Klägerin um Execution bat und dieselbe auch vom Stadtgericht am 27. April 1853 für die Summe von fl. 3500 C.-M. in Silberzwanzigern nebst Zinsen ausgesprochen wurde. Dies gab Veranlassung, daß die Beklagten nochmals in den beiden obern Instanzen die Frage ventilirten, ob sie zur Zahlung in Silberzwanzigern verurtheilt seien. Das Stadtgericht ließ der eingelegten Appellation nicht den Lauf. Das Appellationsgericht inhibirte am 11. Mai 1853 die Execution, nachdem die Beklagten die Differenzsumme bei dem Rechneiamte hinterlegt hatten, schlug am 27. Mai 1853, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten, die erhobene Appellation ab und will, wenn gegenwärtiges Erkenntniß die Rechtskraft beschritten haben wird, wegen Aufhebung der durch Dekret vom 11. Mai 1853 verfügten Inhibition weitere Verfügung erlassen.

Dieses Urtheil bestätigte das Oberappellationsgericht am 10. Dec. 1853 unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten.

26. Wenn der Richter, die Statthaftigkeit des Rechtsmittels voraussetzend, in die Materalien eingegangen ist, so stehen der Parthei weitere ordentliche Rechtsmittel frei.

Die Appellation der Beklagten ist mit Unrecht von der Klägerin als unzulässig angefochten worden. Der Einwand wird lediglich darauf gestützt, daß das stadtgerichtliche Decret vom 18. April d. J., wodurch das Urtheil vom 5. Sept. 1851 und die Zahlungsauflage vom 8. April d. J. dem Antrage der Klägerin gemäß erläutert worden sei, in Rechtskraft übergegangen, das darauf beruhende weitere Decret vom 27. April d. J. daher nur als Inhäsivbescheid anzusehen sei, gegen welchen eine Appellation nicht Statt finde. Allein wollte man auch davon ausgehen, so würde daraus doch die Unzulässigkeit der jetzigen Oberappellation nur dann folgen, wenn das Appellationsgericht eben aus diesem

Grunde die von der Beklagten gegen jenes Decret ergriffene Appellation als unstatthaft verworfen und es bei dem stadtgerichtlichen Decrete vom 4. Mai d. J., welches dem Rechtsmittel den Lauf versagte, belassen hätte. Dies ist jedoch nicht geschehen, vielmehr hat das Appellationsgericht unverkennbar die Statthaftigkeit des Rechtsmittels stillschweigend vorausgesetzt, indem es dem Antrage der Beklagten auf Inhibition des Executionsverfahrens entsprach, darauf die Appellation nur aus anderen, in die Sache selbst eingehenden Gründen verwarf und eine Wiederaufhebung der verfügten Inhibition erst dann in Aussicht stellte, wenn das nunmehrige Erkenntniß (2ter Instanz) rechtskräftig geworden sein werde. Gegen diese, die Appellationsbeschwerden als materiell unbegründet verwerfende Entscheidung mußte der Beklagten unbezweifelt die Oberappellation freistehen, wodurch der Frage, ob das stadtgerichtliche Decret vom 27. April wirklich als ein bloßer Inhäsivbescheid anzusehen sei, keineswegs präjudicirt ist, da das Appellationsgericht seine Ansicht nicht zu einem decisum gemacht hat, der Klägerin es daher nicht zum Nachtheil gereichen kann, wenn sie es unterließ, eine Beschwerde dagegen zu erheben.

27. Ein Decret, welches auf einseitigen Antrag einer Parthei etwas zum Nachtheil der anderen Parthei verfügt, wird der letztern gegenüber nicht rechtskräftig.

Die Frage, ob die der Klägerin zuerkannte Summe von fl. 3500 C.-M. nebst Zinsen nach ihrem vollen Werth in Silbergeld zu verstehen, oder ob die Beklagte berechtigt gewesen sei, dieselbe in Wiener Banknoten oder nach dem Frankfurter Cours derselben abzutragen, ist zur Zeit weder zu Gunsten der einen, noch der anderen Partei rechtskräftig entschieden.

a) Das stadtgerichtliche Urtheil vom 5. Sept. 1851 berührt jene Frage ebensowenig im Decisum als in den Entscheidungsgründen, indem es die Beklagten zu fl. 3500 C.-M. ohne weiteren Zusatz verurtheilt hat. Der Ausdruck „Conventionsmünze" ist ein allgemeiner, welcher nur den Münzfuß anzeigt. Gegen die Klägerin kann er daher, ungeachtet die Klagbitte auf Zahlung

„in Silberzwanzigern" gerichtet war, nicht entscheidend sein, da er mit dieser Bitte nicht in Widerspruch steht, sie also nicht verworfen hat. Nach den in Frankfurt bestehenden Münzverhältnissen

Gesetz vom 23. Jan. 1838. § 4.

würde sogar vorausgesetzt werden können, daß die Absicht des Gerichtes auf eine Zahlung des vollen Betrages in Silbergeld gerichtet gewesen sei, und nur dadurch wird diese Annahme zweifelhaft, daß eine ursprünglich in Oesterreich zu erfüllende Schuld in Frage stand. Andererseits ist auch die von der Klägerin versuchte Ausführung, daß das Auslassen der Worte „in Silberzwanzigern" in dem Urtheil bloß auf einem Versehen der Urtheilsabfassung beruhe, unerheblich. Denn wenn dies auch richtig wäre, so kann doch die Absicht des erkennenden Richters für sich allein noch kein Recht unter den Partheien begründen.

Es muß daher anerkannt werden, daß das stadtgerichtliche Urtheil noch einer näheren Bestimmung in Ansehung der Münzsorte bedurfte.

b) Eine rechtskräftige spätere Erläuterung liegt aber in dieser Beziehung nicht vor. Das stadtgerichtliche Decret vom 8. April d. J. gab der Beklagten nur auf, dem Urtheil vom 5. Sept. 1851 nunmehr unbedingt Folge zu leisten, änderte oder ergänzte daher das Urtheil nicht, so daß es der Beklagten unschädlich bleiben mußte, wenn sie sich bei der Abschlagung ihrer dagegen eingewendeten Appellation beruhigte. Das weitere Decret vom 18. April erläutert nun zwar das Urtheil allerdings in dem von der Klägerin geltend gemachten Sinne. Denn wenn es hier auch bloß heißt, es verstehe sich von selbst, daß die in Conventionsmünze zuerkannte Summe „in Silbergeld" zu leisten sei, so konnte damit, da das Stadtgericht sich darauf stützte, daß die Zahlung in Frankfurt zu geschehen habe, nichts Anderes gemeint sein, als daß so viel in Silbergeld gezahlt werden müsse, als die auf Conventionalgeld lautende Summe nach Frankfurter Währung in Silber ausmache, zumal da die vorausgegangene Bitte der Klägerin ausdrücklich auf die Erläuterung gerichtet war, daß die Zahlung in Silberzwanzigern, 3 Stück auf fl. 1 gerechnet, zu geschehen habe, und das Stadtgericht theils durch den im Decret gebrauchten Ausdruck „es

verstehe sich von selbst", theils durch sein völliges Stillschweigen über die eventuell von der Klägerin angezeigte Appellation hinreichend zu erkennen gab, daß der Antrag der Klägerin durch das Decret erledigt werden sollte.

Das Decret ist auch der Beklagten insinuirt und von ihr weder durch eine Gegenvorstellung noch durch ein Rechtsmittel angefochten worden, was ihr doch unbezweifelt frei gestanden haben würde. Allein dasselbe ist ohne vorgängiges Gehör der Beklagten auf den einseitigen Antrag der Klägerin erlassen worden. Denn wenn auch die Münzsorte bereits in der Klage zur Sprache gebracht war und die Beklagte in dem Verfahren über die Klage sich darüber zu äußern Veranlassung hatte, so war doch die Frage, ob das ergangene Urtheil den von der Klägerin geltend gemachten Sinn habe oder erst einer Ergänzung bedürfe, eine neue und der Beklagten vor dem Decret vom 18. April noch keine Gelegenheit gegeben worden, sich darüber zu erklären. Nun darf es aber dahingestellt bleiben, ob es richtig ist, daß richterliche Decrete um der Rechtskraft fähig zu sein, unter allen Umständen ein beiderseitiges Gehör der Partheien voraussetzen

Bayer, Vorträge ed. 7. p. 243 f. 256;

denn jedenfalls kann ein Decret, welches auf den einseitigen Antrag einer Parthei etwas zum Nachtheil der anderen Parthei verfügt, der letzteren gegenüber nicht rechtskräftig werden

L. 5. C. comminat. (7, 57),

wie dies auch von denen anerkannt wird, die nicht unbedingt ein beiderseitiges Gehör als Bedingung der Rechtskraft aufstellen

Plank Beweisurtheil p. 170 not. 1.

Sonach war die Beklagte noch gegen das weitere Decret vom 27. April d. J. zu remonstriren und Rechtsmittel zu ergreifen berechtigt.

28. Die Regel „locus regit actum" kann nur durch eine wirkliche Einrede in Anwendung gebracht werden.

Es kann nur darauf ankommen, ob die in den beiden stadtgerichtlichen Decreten vom 18. und 27. April d. J. dem Urtheil

vom 5. Sept. 1851 gegebene Erläuterung an sich nach der Aktenlage gerechtfertigt war. Dies mußte aber bejaht werden. Mit Recht hat nämlich das Appellationsgericht angenommen, daß die Beklagte gegenwärtig nur eine versäumte Einrede geltend zu machen versuche. Da die Klagbitte ausdrücklich auf Zahlung in Silberzwanzigern gerichtet wurde und dies nicht nur dem Inhalt des der Klage zu Grunde liegenden Schulddokumentes entsprach, sondern aus demselben, insofern darin die Ausschließung allen Papiergeldes noch ausdrücklich zugesetzt war, auch seine unzweideutige nähere Erklärung erhielt, so war die Behauptung, daß trotz der deßfallsigen Verabredung der Contrahenten die Beklagten nach österreichischen Gesetzen berechtigt seien, in Wiener Banknoten oder nach deren Cours in Frankfurt zu zahlen, eine Einrede, welche durch Berufung auf die betreffenden österreichischen Gesetze begründet werden mußte. Diese Einrede gehörte auch keineswegs erst in die Executionsinstanz, da sie mit dem Executionsverfahren in gar keinem Zusammenhange steht, vielmehr die Größe der Summe betrifft, welche die Klägerin aus dem abgeschlossenen Darlehnsvertrag mittelst der in Frankfurt erhobenen Klage rechtlich fordern durfte. Der Einwand hätte daher schon in der Vernehmlassung auf die Klage als Einrede der Zuvielforderung gehörig vorgeschützt werden müssen.

Das Appellationsgericht erkannte:

In Erwägung,

daß die Einrede, welche jetzt in der Executionsinstanz vorgebracht wird, in dem ganzen früheren Verfahren nicht vorgeschützt worden ist, wie nach dem Gesetz vom 22. November 1842

Statuten-Sammlung, Band VIII p. 21,

hätte geschehen müssen, auch keine erst neuerdings entstandene Einrede ist;

daß unter diesen Umständen, da die Geldsortenfrage in den früheren Verhandlungen nicht angeregt worden, auf die Bestimmungen des k. k. Patents vom 2. Juli 1848 nichts ankommen kann;

daß wenn auch der klägerische Anwalt in dem Anrufen um Execution nur allgemein auf Kapital, Zinsen und Kosten die Bitte stellte, dennoch das Stadtgericht, als es in dem darauf am

27. April 1853 ergangenen Decrete dem Fiskal die Execution auf die Summe von fl. 3500 C. M. in Silberzwanzigern auftrug, nicht **ultra petita** ging, da diesem Executionsanrufen das frühere Erläuterungsgesuch, worin namentlich um Zahlung in Silberzwanzigern, 3 Stück auf fl. 1 gerechnet, gebeten wurde, vorherging, sonach auf ersterem beruhte.

29. Auslegung des k. k. österreichischen Patents vom 2. Juni 1848, nach welchem „bei allen Zahlungen" die österreichischen Banknoten einen Zwangscours haben.

Die Einrede, in Wiener Banknoten oder nach deren Cours in Frankfurt zu zahlen, stellt sich auch materiell als verwerflich dar. Zwar unterliegt es nach den Entscheidungsgründen des unter dem 8. März d. J. dahier ergangenen Erkenntnisses keinem Zweifel, daß die Wirkungen des in Frage stehenden Darlehens- und Cessionsgeschäftes, weil darin Wien ausdrücklich als Zahlungsort bestimmt wurde, nach österreichischem Recht beurtheilt werden müssen. Wenn daher die Klägerin bei Zurückzahlung des Darlehens in Wien sich die Abtragung desselben in Wiener Banknoten hätte gefallen lassen müssen, so würde sie in Folge der in Frankfurt erhobenen Klage, nicht mehr in Anspruch nehmen können, als eine dem Werth einer solchen Zahlung nach dem Frankfurter Cours jener Banknoten entsprechende Summe.

L. 2 pr. § 8. L. 3 D. de eo quod certo loco (13, 4.)

L. un. C. ubi conveniatur qui certo loco (3, 18).

Allein die Behauptung der Beklagten, daß die Klägerin bei Zahlung der vorliegenden Schuld in Wien die dortigen Banknoten zu ihrem vollen Nennwerthe hätte annehmen müssen, wird durch das in zweiter Instanz beigebrachte österreichische Patent vom 2. Juni 1848 nicht begründet. Allerdings hat dieses Patent einen Zwangscours der Banknoten nach ihrem Nennwerth „bei allen Zahlungen" eingeführt. Wenn es aber schon bedenklich sein würde, diese Vorschrift auf die aus früheren Verträgen zu leistenden Zahlungen unbedingt und ohne Rücksicht auf die stipulirten Zahlungsmittel anzuwenden, so läßt sich doch noch weniger annehmen, daß auch alle künftigen vertragsmäßigen Verabredungen, wodurch eine Zahlung in bestimm-

ten Silbermünzen bedungen und eine Zahlung in Papiergeld ausdrücklich ausgeschlossen werden würde, für unwirksam hätten erklärt werden sollen. Eine so singuläre Bestimmung kann nach allgemeinen Auslegungsregeln aus den Worten "bei allen Zahlungen", welche ebensogut die beschränktere Bedeutung aller ohne nähere Bestimmung des Zahlungsmittels schuldigen Summen zulassen, nicht gefolgert werden, und hätte vielmehr eines ausdrücklichen Ausspruches im Gesetze bedurft; eine etwa in Oesterreich bestehende Praxis zu Gunsten einer solchen Interpretation ist aber von den Beklagten nirgends mit genügender Bestimmtheit behauptet worden.

Die Beklagte hat sich zwar in erster Instanz auf ein österreich. Hofdecret vom Jahr 1849 berufen, wonach sämmtliche auf Silberzwanziger lautende Schuldverbindlichkeiten und selbst die hierauf lautenden österreichischen Urtheile in Wiener Bankvaluta bezahlt werden könnten. Abgesehen davon indessen, daß die Art, wie die Beklagte sich in zweiter Instanz bei der Produktion des Patentes vom 2. Juni 1848 geäußert hat, kaum bezweifeln läßt, daß dieses Patent eben das österreichische Gesetz sei, welches mit jenem Hofdecret von 1849 gemeint war, ist doch auch die Angabe über den Inhalt dieses letzteren zu allgemein, um zur gehörigen Begründung der Einrede zu dienen, indem sich daraus namentlich nicht entnehmen läßt, ob auch jede ausdrückliche Vertragsbestimmung über Zahlung in bestimmter Silbermünze und Ausschluß von Papiergeld in der Verordnung für wirkungslos erklärt worden sei.

XIII.

A. Litarscheck u. Babette Kummer zu Wien, Kläger

contra

die Curatoren des J. L. Lemme dahier, Beklagte.

Derselbe Streitgegenstand, wie der Nr. XI verhandelte: nur ist der Schuldschein vom 12. Aug. 1848 datirt, die Schuld auf den 25. Febr. 1850 rückzahlbar, die Cessionsurkunde des Czech

am 23. Aug. 1848 ausgestellt. Es ergingen auch fast gleichlautende Urtheile, wie in Nr. XI.

vom Stadtgericht am 5. Sept. 1851,
vom Appellationsgericht am 27. Febr. 1852,
vom Oberappellationsgericht am 8. März 1852.

XIV.

Anton Wiesenburg in Wien, Kläger
contra
die Curatoren des J. L. Lemme dahier, Beklagte.

Graf Ferdinand Desfours hat laut Schuldurkunde d. d. Wien 4. Febr. 1848 dem Johann Ludwig Lemme fl. 12000 C. M. in Silberzwanzigern, 3 Stück auf fl. 1 gerechnet zu 6 Proc. Zinsen geliehen. In dieser Schuldurkunde verpfändete Lemme zugleich sein „aus Kapitalien bestehendes Vermögen," welches hier in Frankfurt verwaltet werde mit der Befugniß, daß sich der Creditor zur Verfallzeit am 10. Jan. 1850 aus diesem Vermögen Zahlung verschaffen könne. Die Rückzahlung sollte in gleicher Valuta geschehen. Am 21. April 1845 cedirte Graf Desfours diese Forderung, mit den Zinsen von gleichem Tage an, dem Anton Wiesenburg zu Wien. Lemme unterschrieb mit dem Contrahenten die betreffende Cessionsurkunde. Endlich errichtete Lemme am 9. Mai 1848 ein Codizill, in welchem er das obige Schuldbekenntniß wiederholt als richtig bestätigt, die Cession als von ihm agnoscirt bezeichnet und für den Fall seines Ablebens vor Verfall der Schuld deren Berichtigung aus seinem Nachlasse an Wiesenburg verordnet hat.

Auf Klage des Anton Wiesenburg wegen Zahlung obiger fl. 12000 C. M. sammt 6 Proc. Zinsen vom 4. Febr. 1848 erkannte das Stadtgericht am 22. März 1852:

Lemme wird schudig erkannt, dem Kläger den Betrag von fl. 12000 C. M. sammt 5 Proc. Zinsen vom 21 April 1848 an, sowie die verursachten Prozeßkosten zu bezahlen, die Beklagten würden denn innerhalb noch vorzuberaumender Frist vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darthun, daß die Cession simulirt sei, in welchem Falle abändernde Verfügung erfolgen wird.

Auf beiderseitige Appellation bestätigte das Appellationsgericht am 18. Juni 1852 obiges Urtheil mit dem Zusatze, daß den Beklagten außer dem Beweise der Einrede der Simulation der Cession auch der Beweis der Einrede des Wuchers nachzulassen sei.

Auf beiderseitige Oberappellation verwarf das Oberappellationsgericht am 12. März 1853 die Einrede der simulirten Cession und ließ statt der allgemein zum Beweise verstellten Einrede des Wuchers den Beklagten nur den Beweis nach, „daß der Kläger bei der an ihn erfolgten Cession der eingeklagten Forderung von der in der Exceptionsschrift und Duplik erster Instanz erzählten Entstehung der Forderung Kenntniß gehabt habe. Die Kosten der zweiten und die Hälfte der Kosten dieser Instanz werden compensirt, die Hälfte der Kosten dritter Instanz haben die Beklagten zu tragen.

30. Der Diffessionseid ist von den gesetzlichen Vertretern unselbstständiger Personen abzuleisten.

Die Beklagten beschweren sich darüber, daß die Urkunden [2] [3] und [8] nicht für ungültig, unächt und unglaubwürdig erkannt worden seien.

Es ist nun die Aechtheit der Unterschriften Lemme's unter den gedachten drei Urkunden für erwiesen zu achten. Die Beklagten haben zwar in der Exceptionsschrift erklärt, Lemme wisse selbst nicht, ob er die Urkunden [2] und [3] unterschrieben habe, sie könnten daher die Unterschrift nicht anerkennen, und haben sodann in der Duplik die Aechtheit der Unterschriften Lemme's unter allen drei Urkunden in Abrede gestellt. Sie haben aber daneben sowohl in erster, als jetziger Instanz ausdrücklich erklärt, daß sie außer Stande seien, die Unterschriften ihres Curanden auf den drei Urkunden ab-

zuschwören, indem sie zugleich ihre Verbindlichkeit zur Leistung des Diffessionseides bestritten.

Es sind jedoch:

a) die Gründe, aus denen sich die Beklagten zur Ablehnung des Diffessionseides berechtigt glauben, unhaltbar.

Wenn sie sich zunächst darauf berufen, daß aus verschiedenen Umständen — der persönlichen Stellung des ursprünglichen Darleihers, der aus dem Augenschein zu schließenden Ausfüllung entscheidender Stellen in den Urkunden von anderer Hand, sowie der Zwecklosigkeit des Codizilles vom 9. Mai 1848 bei vorausgesetzter Richtigkeit der beiden früheren Urkunden — die Aechtheit der Urkunden schon an sich unwahrscheinlich werde, so leuchtet es von selbst ein, daß die angegebenen Umstände in keinem Fall von solchem Gewicht sind, um die Urkunden wegen Verdachts einer Fälschung irrecognoscibel zu machen.

Sodann wenden die Beklagten ein, ihnen fehle jede aus eigener Wahrnehmung zu schöpfende Wissenschaft über die Unterschrift ihres Curanden und ein Eideszwang finde gegen die gesetzlichen Vertreter unselbstständiger Personen schon nach römischem Recht nicht Statt. Allein die hierfür angeführte Gesetzstelle

L. 4 pr. D. de in litem jurando (12. 3).

spricht nur vom juramentum in litem und läßt keinen Schluß auf andere Eide zu. Nun ist es zwar ferner streitig, inwieweit Vormünder einen zugeschobenen Eid zu leisten verbunden sind, aber auch hieraus kann für den Diffessionseid bei dessen eigenthümlicher Natur nichts gefolgert werden. Vielmehr kommt es nur darauf an, in welchen Fällen man verbunden ist, von Dritten ausgestellte Urkunden eidlich zu diffidiren. Diese Pflicht, selbstverständlich beschränkt auf die eidliche Versicherung des Nichtwissens und des Nichtglaubens, leidet aber da keinen Zweifel, wo die Urkunden von Personen herrühren, für deren Handlungen der Producent zu haften hat, ein Satz, der vom Oberappellationsgericht nicht nur im Allgemeinen gebilligt

Rothschild und Söhne c. Gast, 1840 Frankfurt.

sondern auch insbesondere auf den Contradictor in Ansehung der vom Cridar ausgestellten Urkunden angewendet worden ist

Aron Ehefrau c. Contradictor der Dietz'schen Nachlaß-Debitmasse 1852, Frankfurt.

so daß die gleichmäßige Anwendung im vorliegenden Falle kein Bedenken haben kann. Denn wenn auch die Stellung des Contradictors nicht überhaupt dieselbe ist, wie die eines Vormundes, so ist doch seine Lage bei Anerkennung von Urkunden des Cridars mit der des Vormundes bei Anerkennung von Urkunden seines Mündels völlig zu vergleichen, da Beide in ihrer Prozeßführung die amtlich bestellten Vertreter fremder Angelegenheiten sind. Obwohl übrigens die Pflicht des Vormundes zur Ableistung des Diffessionseides in der Doctrin keine unbestrittene ist, so wird doch schon von einem älteren Praktiker bezeugt, daß die gemeine Meinung und der Gerichtsgebrauch sich dafür entschieden habe

Wernher, Observ. T. III P. 1 obs. 4.

b. waren aber die Beklagten verpflichtet die Unterschrift ihres Curanden entweder anzuerkennen oder eidlich abzuläugnen, so kann die Frage dahingestellt bleiben, ob das ihnen bei Mittheilung der Klage und der Replik angedrohte Präjudiz der Anerkennung schon deßhalb, weil sie sich nicht zur eidlichen Diffession erboten haben, für eingetreten anzusehen sein würde, oder ob die Vorschrift im § 36 der provisorischen Prozeß-Ordnung von 1820 auch auf einen Ungehorsamsfall dieser Art angewendet werden müßte. Denn da sie, wie oben bemerkt, positiv erklärt haben, daß sie nicht im Stande seien, den Diffessionseid abzuleisten, so kann hier von einer versäumten Erklärung und von dem Versuch, die Curatoren nach Maßgabe des angeführten § 36 zu einer gehörigen Thätigkeit durch Strafen anzuhalten, nicht die Rede sein, indem vielmehr die erklärte Verweigerung des Eides rechtlich einer Anerkennung der Aechtheit der fraglichen Urkunden gleich gestellt werden muß.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung,

5. daß die Beklagten die Unterschrift ihres Curanden unter dem Schuldscheine, dem Cessionsakte und dem Codicille nicht anzuerkennen erklären, den Inhalt des Schuldscheines und der Cessionsurkunde als unwahr und simulirt bezeichnen und namentlich in

Abrede stellen, daß Lemme das fragliche Darlehen erhalten und Kläger die Cessionsvaluta an Desfours bezahlt habe;

7. daß jedoch die Beklagten die eidliche Ableugnung der Unterschrift ihres Curanden ausdrücklich abgelehnt haben, daher diese Urkunden dem angedrohten Präjudiz gemäß, für anerkannt erachtet werden müssen.

31. Das Gesetz vom 15. Dez. 1829 erstreckt sich auch auf materielle Rechtsverhältnisse.

Es kann nun nicht zweifelhaft sein, daß rücksichtlich der Einrede des nicht gezahlten Geldes das österreichische Recht zur Anwendung kommen muß, so daß die Frage, nach den gemeinrechtlichen Folgen einer wiederholten Anerkennung der Schuld, keiner Prüfung bedarf. Denn es handelt sich hier um ein Rechtsgeschäft, welches in Wien abgeschlossen wurde, auch dort zu erfüllen war, so daß, wie sowohl gemeinrechtlich, als nach § 36 des österreichischen Gesetzbuches anerkannt ist, hier die Regel: **locus regit actum** eintritt, welche auf einer stillschweigenden Unterwerfung der Contrahenten unter das örtliche Recht, also auf einer Uebereinkunft beruht, deren Wirksamkeit von dem Orte der Klage unabhängig ist. Wenn sich aber die Beklagten darauf berufen, daß im Eingang des Frankfurter Gesetzes vom 15. December 1829 die Einrede des nicht gezahlten Geldes ausdrücklich als dem Prozeßrecht angehörig bezeichnet worden sei, so ist nur soviel richtig, daß das gedachte Gesetz sowohl in Ueberschrift, als Eingang die Absicht ankündigt, einige Abänderungen im Prozeßrecht einzuführen. Daraus folgt aber nicht, daß das Gesetz sich nicht auch auf materielle Rechtsverhältnisse erstrecken könne, wie dies z. B. hinsichtlich der **exceptio legis Anastasianae** entschieden der Fall ist. In Beziehung auf die Einrede des nicht gezahlten Geldes ist jene Ausdrucksweise schon deßhalb vollkommen erklärlich, weil das Gesetz fast nur eine prozessualische Seite der Einrede, die Beweislast, behandelt. Im vorliegenden Fall ist dagegen die davon völlig verschiedene Frage zu entscheiden, inwiefern durch eine Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners die Einrede beseitigt und eine selbstständige Verbindlichkeit begründet werde, und daß diese Frage dem materiellen Recht angehört, ist von selbst klar.

Das Appellationsgericht erkannte:

Durch eine wiederholte Anerkennung der Schuld fällt aber selbst nach gemeinem Rechte die exc. non numeratae pecuniae weg. Hieran ändert auch das Gesetz vom 15. Dec. 1829 (Gesetz- und Statuten-Sammlung Bd. IV p. 177) nichts, indem durch dieses nur die singuläre Bestimmung wegen der Beweislast aufgehoben ist.

Urtheil des Oberappellationsgerichtes vom 18. Februar 1836 in Sachen Stünzy c. Rieger.

32. Die Einrede der Simulation kann nicht durch bloßes Bestreiten der Forderung begründet werden.

Daß aber die Einrede der simulirten Cession durch ein Bestreiten der hier ohnehin durch Urkunden bereits erwiesenen Existenz der ursprünglichen Forderung und des Cessionsaktes allein nicht begründet werden kann, sondern den positiven Beweis erfordern würde, daß die Cession nur zum Schein vorgegeben, eigentlich aber ein anderes Rechtsgeschäft beabsichtigt worden sei, ergibt sich aus dem Begriff der Simulation von selbst. Da aber eine Behauptung der letzteren Art gar nicht aufgestellt worden ist, so durfte auch kein Beweis nachgelassen werden.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß wenn die Beklagten zu beweisen vermöchten, die Cession beruhe auf einer Simulation, Klägers Aktivlegitimation hinfällig sein würde.

Das Appellationsgericht erkannte:

Wenn in dem stadtgerichtlichen Erkenntniß den Beklagten der Beweis, daß die Cession simulirt sei, vorbehältlich des Gegenbeweises nachgelassen worden, so kann Appellant dadurch nicht beschwert erscheinen und dies um so weniger, als die Beklagten factische Umstände zur Begründung dieser Einrede vorgebracht haben.

33. Eine Zuvielforderung in unbedeutenden Nebenpunkten kann eine Kostencompensation nicht rechtfertigen.

Die Beklagten haben sich beschwert, daß die Kosten erster Instanz nicht wegen der Einrede der Zuvielforderung jedenfalls com-

pensirt worden seien. Diese Beschwerde ist jedoch unbegründet; denn wenn der Kläger nur in unbedeutenden Nebenpunkten, wodurch keine erheblichen besonderen Verhandlungen verursacht worden sind, abgewiesen, im Uebrigen aber gegen den Beklagten nach dem Klagantrag erkannt wird, so ist der Beklagte auch in die Prozeßkosten zu verurtheilen, wie das Oberappellationsgericht bereits in mehreren Frankfurter Sachen erkannt hat

Basse c. Spencer und Sohn 1838.
Jäger c. Söllner 1840.
Schupansky c. Oppenheim 1840.

XV.

H. C. Dänzer zu Hausen, Kläger
contra
M. J. Somborn zu Gelnhausen, Beklagten.

Durch Begründung eines Arrestes wollte Kläger die Zuständigkeit der Frankfurter Gerichte gegen den Beklagten begründen. Vom Stadtgericht wurde auch der Arrest am 25. Okt. 1852 erkannt, jedoch auf Appellation des Beklagten vom Appellationsgericht am 5. Nov. 1852 wegen mangelnder Bescheinigung eines zwischen beiden Partheien bestehenden Vertragsverhältnisses wieder aufgehoben. Dieses Erkenntniß wurde auf Oberappellation des Klägers vom Oberappellationsgericht am 19. März 1852 bestätigt.

XVI.

Valentine Brown Lord Baron Cloncurry zu Maretimo bei Dublin, Kläger contra Jak. G. Christ. Ueberfeld dahier, Beklagten.

Ueberfeld sandte im Jahr 1845 nach allen Richtungen, lithographirte Briefe, in denen er zur Betheiligung an der 108. Frankfurter Lotterie aufforderte. Ein solcher Brief gelangte an die Adresse des Lord Cloncurry. Hierauf bestellte der letztere zwei Loose unter Beifügung des geforderten Preises von 20 L. St. Ueberfeld nahm den Preis an, sandte aber mittelst Schreibens vom 26. Juni 1845 dem Lord Cloncurry nicht zwei, sondern fünf und ein halbes Loos. Ueberfeld blieb auf diese Offerte ohne Antwort und erinnerte in einem Schreiben vom 1. Aug. 1845 den Lord Cloncurry an eine Erklärung. Dieser will, in Folge einer längeren Abwesenheit von Hause, beide Schreiben fast gleichzeitig bekommen und sofort nach Empfang des Schreibens vom 1. August, auf dessen Couvert sich Poststempel vom 6. und 7. August erkennen lassen — 3½ Loose, als nicht bestellt, an Ueberfeld nach Frankfurt per Post zurückgeschickt und nur die Loose Nr. 8947 und 13123 behalten haben, wogegen Ueberfeld behauptet, keines von allen 5½ Loosen zurückerhalten zu haben.

Am 21 Oct. 1845 fiel auf Nr. 8947 Preis und Prämie von zusammen fl. 125,000. Es stellte daher Lord Cloncurry gegen Ueberfeld eine Klage auf Herauszahlung von fl. 110,000 (d. h. fl. 125,000 nach Abzug der planmäßigen 12%) cum omni causa, die ihm Beklagter verweigere.

Den Schwerpunkt des Rechtsstreites bildete die Frage: ob und zu welcher Zeit Kläger durch die Auswahl zweier bestimmter Loose den bis dahin erst in genere geschlossenen Kaufvertrag auch hinsichtlich der species zur Perfektion gebracht habe?

Das Oberappellationsgericht normirte am 11. Dec. 1848 dem Kläger den Beweis dahin, daß er, der Kläger, ehe ihm auf dem ordentlichen und gewöhnlichen Wege die Nachricht habe zukommen können, daß auf das Loos Nr. 8947 am 21 Oct. 1845 der fragliche Gewinn gefallen sei, dieses Loos als eines derjenigen beiden Loose, welche er behalten und spielen wolle, durch eine bestimmte Erklärung gewählt habe.

Diesen Beweis trat nun Kläger am 1. Mai 1849 in zweifacher Weise an:

1. dadurch, daß er auf Edition des von ihm, um den 6. Oct. 1845 unter Rücksendung der $3\frac{1}{2}$ Loose an den Beklagten gerichteten Schreibens, so wie auf Produktion des jenseitigen Journals, Contocurrent- und Loosebuches antrug und es rechtskräftig durchsetzte, daß, falls Beklagter diese Documente nicht vorlege oder den Editionseid leiste, der Beweissatz für eingestanden angenommen werde;

2. durch Zeugen, Erbieten zum Erfüllungseide und Zuschiebung des Schiedseides.

In Bezug auf die erste Beweisführung legte Beklagter ein sogenanntes Journal vor, aus welchem zur Sache Nichts erhellte, und mit welchem nach Ansicht des Klägers der Auflage kein Genüge geschehen sein sollte. Beklagter legte ferner aus freien Stücken sein Cassabuch vor, in welchem sich 20 L. St. als vom Kläger bezahlt eingetragen fanden, und schwur in Bezug auf die anderen Documente den Editionseid. Nach Abhör der Zeugen erkannte das Stadtgericht am 7. Nov. 1851 mit Zuziehung zweier Handelsassessoren über die Frage, ob das producirte Journal ein kaufmännisch geführtes Buch sei, auf den Erfüllungseid des Klägers:

I. würde der Kläger vor der competenten Behörde seines Wohnsitzes in einem hierzu anzuberaumenden Termin, zu welchem Beklagter monitorisch zu laden ist, eidlich erhärten, „daß er am 6. Aug. 1845 oder um den 6. Aug. 1845 $3\frac{1}{2}$ Loose der ihm von dem Beklagten zugeschickten $5\frac{1}{2}$ Loose zur 108. Frankfurter Lotterie an den Beklagten durch die Post zurückgeschickt habe, und daß unter diesen zurückgeschickten sich das Loos Nr. 8947 nicht

nicht befunden habe" und sich darüber, wie solches geschehen, durch Beibringung des deßfallsigen Protokolls binnen 3 Monaten gehörig ausweisen, so ist Beklagter schuldig von da an binnen 2 Monaten den Betrag von fl. 110,000 nebst Zinsen zu 5% vom 20. Dec. 1845 ab an den Kläger gegen Verabfolgung des eingesandten Trefferlooses zu bezahlen und demselben die entstandenen Prozeßkosten zu ersetzen.

II. Leistet Kläger der ihm sub I. gemachten Auflage keine Folge, so soll wegen der zwischen den Partheien zu pflegenden Verhandlung darüber, ob Kläger gänzlich oder nur angebrachter Maßen, nämlich insofern er auf Auszahlung des ganzen Betrags des Gewinnes geklagt hat und unter Vorbehalt seiner Rechtszuständigkeiten aus dem Gesichtspunkt eines Spieles der $5\frac{1}{2}$ Loose für gemeinschaftliche Rechnung beider Theile abzuweisen sei, weitere Verfügung ergehen.

Auf beiderseitige Appellation wurde auf Antrag von Aktenversendung in 2ter Instanz von Seiten des Beklagten vom Spruchcollegium zu Bonn am 16. April 1852, und auf Antrag von Aktenversendung in 3ter Instanz von Seiten des Klägers von dem Spruchcollegium zu Berlin am 29. März 1853 unter Compensation der Kosten das stadtgerichtliche Erkenntniß bestätigt. Das letztere Erkenntniß schaltete nach den Worten des Erfüllungseides „zur 108. Frankfurter Lotterie" noch die Worte ein, „sogleich nach deren Empfang".

34. Perfektion des Lotteriespielvertrages. Bestimmung der species bei dem Hingeben eines genus.

Es ist für die Beweisführung vor Allem von Erheblichkeit das Rechtsverhältniß, worin die Partheien zu einander getreten waren, nach seiner aktenmäßigen Entwicklung in's Auge zu fassen.

Beklagter war, nachdem er in Folge seines allgemeinen Anbietens von Loosen den Kaufpreis für zwei Loose vom Kläger angenommen hatte, rechtlich verpflichtet, dem Kläger zwei Loose zu schicken. Er schickte demselben in der That $5\frac{1}{2}$ Loose. Hätte er dieses in der Weise gethan, daß er von diesen $5\frac{1}{2}$ Loosen zwei

bestimmte Nummern als die bestellten und bezahlten Loose bezeichnet, und die übrigen $3\frac{1}{2}$ zur weiteren beliebigen Annahme oder Auswahl offerirt hätte, so wäre der Spielvertrag unter den Partheien über die bestellten 2 Loose perfekt gewesen, und es hätte von dem Kläger abgehangen, über die weitere Offerte von $3\frac{1}{2}$ Loosen sich zu erklären oder auch nicht zu erklären. Statt dessen schickte Beklagter dem Kläger $5\frac{1}{2}$ Loose, ohne davon zwei als die vom Kläger bestellten besonders zu designiren, obgleich Beklagter in seinem Begleitschreiben vom 26. Juni 1845 sich dahin ausdrückt, daß „der Betrag dieser zwei Loose" durch die empfangenen 20 L. St. ausgeglichen sei. Factisch bildeten die $5\frac{1}{2}$ Loose zunächst eine Masse, aus der Kläger erst zwei Loose auswählen mußte, um Eigenthümer zweier bestimmter Loose zu werden. Lag darin eine Zudringlichkeit, daß Beklagter mehr Loose schickte als Kläger bestellt hatte, so lag darin andererseits für den Kläger auch die Chance der größeren Auswahl. Jedenfalls aber ist vom Beklagten ohne zureichenden Grund behauptet worden, daß sein Schreiben vom 26. Juni überhaupt erst ein Offertbrief gewesen wäre, mit dem das Geschäft die Grundlage gewonnen hätte. Denn zur Uebersendung von zwei Loosen war Beklagter bereits vor Abfassung dieses s. g. Offertbriefes verpflichtet. Nur in Ansehung der zuviel geschickten $3\frac{1}{2}$ Loose lag eine neue Offerte vor. Diese neue Offerte hatte Beklagter dadurch verwickelter gemacht, daß er von den $5\frac{1}{2}$ Loosen nicht zwei bestimmte Nummern als die vom Kläger bestellten bezeichnete, sondern im Allgemeinen zwei Loose als bereits bezahlt andeutete und für drei Loose Credit anbot, für den Fall der Annahme dieses Anerbietens ein halbes Loos gratis beifügend. Von einer klägerischer Seits nicht erfüllten Suspensivbedingung, worauf das ganze Geschäft in Betreff aller $5\frac{1}{2}$ Loose geruhet hätte — prompte Erklärung über die ganze Offerte, Annahme des Credits oder Zahlung des Preises oder Rückforderung von $3\frac{1}{2}$ Loosen —, konnte also füglich niemals die Rede sein. Kläger brauchte sich vielmehr nur, zufolge der rechtskräftigen Beweisregulirung, in irgend einer Weise, wenn auch gar nicht direkt gegen den Beklagten so zu erklären, daß er zwei von den erhaltenen $5\frac{1}{2}$ Loosen als die von ihm in genere bestellten und bezahl-

ten in specie kenntlich machte. Auf die weitere Offerte von 3 1/2 Loosen durfte er schweigen.

Zu jener Bezeichnung von zwei Loosen in specie genügte aber von Seiten des Klägers jede irgend concludente Handlung, in der eine Wahl ausgedrückt war. Nur mußte eine solche Wahl zu einer Zeit Statt finden, wo Kläger das Schicksal der Loose, also namentlich des Trefferlooses, welches den Gegenstand dieses Rechtsstreites bildet, noch nicht wußte. Denn wenn er das Schicksal des Looses einmal wußte, war dessen Wahl als Loos nach der aleatorischen Natur des Geschäfts rechtlich unmöglich. Deßhalb wurde durch das rechtskräftige Erkenntniß vom 11. Dec. 1848 das Beweisthema zunächst dahin gefaßt, daß Kläger das Loos Nr. 8947 „als eines derjenigen beiden Loose, welche er behalten und spielen wolle, durch eine bestimmte Erklärung gewählt habe". Damit war dem Kläger der volle Spielraum zum Nachweis irgend einer concludenten Handlung geschaffen. In Hinsicht auf den Zeitpunkt aber, bis zu welchem die Wahl zu treffen war, ist in den Gründen des gedachten Erkenntnisses zwar anerkannt, daß das Recht hierzu dem Kläger so lange zustand, als ihm das Schicksal des betreffenden Looses noch unbekannt war; indessen hielt man dafür, daß der Beweis dieser Negative zu bedenklich und nie mit gehöriger Sicherheit und Zuverlässigkeit zu erbringen sein würde, wenn Kläger das Loos erst zu einer Zeit gewählt hätte, wo ihm dessen Schicksal auf dem gewöhnlichen Wege füglich bekannt geworden sein konnte. Es wurde deshalb das erstinstanzliche Beweisthema in dem rechtskräftigen Erkenntniß vom 11. Dec. 1848 zwar in Ansehung des Zeitpunktes erweitert, jedoch nur dahin: „ehe ihm (dem Kläger) auf dem ordentlichen und gewöhnlichen Wege die Nachricht habe zukommen können, daß auf das Loos Nr. 8947 — am 21. Oct. 1845 der fragliche Gewinn gefallen sei".

35. Die Editionspflicht erstreckt sich nicht auf die Qualität der zu edirenden Dokumente.

In den Vordergrund tritt der bis zuletzt wiederholte Antrag des Klägers, das in dem Beweiserkenntniß vom 14. Sept. 1849

angedrohte Präjudiz: „unterläßt Beklagter die Edition des Journals, so wird die von dem Kläger nach Maßgabe des Oberappellationsgerichts-Erkenntnisses vom 11. Dec. 1848 zu beweisende Thatsache für zugestanden angenommen" in Vollzug zu setzen, weil Beklagter der rechtskräftigen Auflage, sein Journal vorzulegen, kein Genüge geleistet habe. Wäre dieser Antrag des Klägers gegründet, so wäre damit zugleich die ganze Beweisfrage erledigt, denn es stände fest, daß der Kläger zur gehörigen Zeit das den Gegenstand des Streits bildende Loos auf gehörige Art gewählt habe.

Allein so verhält es sich in der That nicht. Wenn Beklagter sein Journal vorgelegt hatte, so hat er der Editionspflicht formell ein Genüge geleistet, sollte jenes auch materiell den Anforderungen an ein gehöriges kaufmännisches Journal nicht entsprechen, so lange nicht constatirt, daß der Editionspflichtige ein anderes, solchen Anforderungen entsprechendes Buch hat. Auf den Mangel eines genügenden Journals ist dem Beklagten kein Nachtheil angedroht, ja er konnte auch nicht angedroht werden, da es sich zunächst nicht um die Buchführung des Beklagten, als solche, sondern um die Edition einer wirklich daseienden Urkunde handelte. Hat also Kläger auch darin Recht, daß das edirte Journal materiell nichts anderes ist, als ein Rimessenbuch, so hat doch Kläger selbst nicht wahrscheinlich gemacht, ja nicht einmal bestimmt behauptet, daß Beklagter ein anderes wahres Journal besitze und vorzulegen unterlassen habe. Kläger kann also auch nicht fordern, daß Beklagter edire, was derselbe nicht hat, oder wegen Nichtedirung eines Non-ens in die Strafe des Ungehorsams genommen werde.

Das zweitinstanzliche Urtheil sagt:

Trotz der als mangelhaft anerkannten Einrichtung des fraglichen, als Journal gelten sollenden Buches des Beklagten geht übrigens judicium a quo doch nicht auf den Antrag des Klägers ein, — — die Annahme des Eingeständnisses des Beweisthemas zu verwirklichen. — — — Die Handelsassessoren haben nicht ausgesagt, daß das vom Beklagten als Journal producirte Buch kein Journal, sondern nur deßhalb kaufmännischer Ordnung nicht ent-

sprechend sei, weil es nicht, wie ein solches Buch müsse, den gesammten Geschäftsverkehr umfasse. Demnach ist judicium a quo mit Recht nicht von der Voraussetzung des angedrohten Präjudizes, der Annahme des gänzlichen Mangels eines Journals, ausgegangen.

36. Die Buchführung muß in ihrem Complex eine klare Einsicht über die ganze Geschäftsführung gewähren, um ein Privileg beanspruchen zu können. Die Zuziehung von Sachverständigen von Seiten des Gerichts in Bezug auf die Buchführung begründet keine Nichtigkeit.

Der Vorwurf von Ordnungswidrigkeiten in des Beklagten Buchführung ist der Gegenstand weitläufiger und verwickelter Verhandlungen geworden. Auf Instanz des Klägers wurden in Betreff der Entscheidung darüber, „ob das vom Beklagten unter der Rubrik „Journal" producirte Rimessenbuch für ein Journal im kaufmännischen Sinne des Wortes gelten könne?" bei Abfassung des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 7. November 1851 zwei Handelsassessoren zugezogen. Nach der von diesen bezeugten kaufmännischen Ordnung sprechen sich nun die Gründe des Erkenntnisses dahin aus, daß das unter der Benennung „Journal" vom Beklagten vorgelegte Buch, welches nur auf eingegangene Rimessen sich erstreckt, nicht — wie es die Führung des mit der Benennung „Journal" bezeichneten Handelsbuches erfordere — den gesammten Geschäftsverkehr des Beklagten umfasse. Beklagter, dessen Geschäft allerdings als ein Handelsgeschäft betrachtet werden müsse, sei sonach nicht im Stande gewesen, mit Ausnahme eines Eintrags in das Cassabuch über die ihm von dem Kläger eingesandten 20 L. St. irgend eine auf die vorliegende Sache bezügliche kaufmännische Scriptur vorzulegen. Eine solche Ordnungswidrigkeit in der Buchführung aber gereicht den Contrahenten des Beklagten offenbar zum Nachtheil.

Es darf nun füglich dahingestellt bleiben, ob es zur Entscheidung der vorliegenden Frage überall der Zuziehung von Handelsassessoren bedurft hätte, oder ob der Richter aus eigener Einsicht und ohne vorgängige Befragung von Sachverständigen zur Entscheidung hätte schreiten können. In keinem Fall wäre der Ansicht des Beklagten Raum zu geben, als sei aus der stattgehabten Zu-

ziehung und Befragung der Sachverständigen eine Nichtigkeit des Erkenntnisses zu folgern, zumal eine deßfallsige Beschwerde weder in voriger noch jetziger Instanz ausdrücklich erhoben ist.

Ebenso darf es dahingestellt bleiben, ob das Geschäft des Beklagten ein eigentliches Handelsgeschäft sei oder nicht. Man mag sogar dem Beklagten darin beipflichten, daß die Führung eines Journals von einem Lotteriecollecteur wenigstens nicht in derselben Weise, wie von einem Waarenhändler gefordert werden könne. Man mag auch schließlich mit dem Beklagten darauf eingehen, daß er es ja nicht ist, der auf seine Bücher, etwa Behufs einer privilegirten Beweisführung, provocirt. Immer bleibt jedoch die materielle Frage stehen, ob und wie weit Beklagter gerade durch die Art seiner Geschäftsführung sich selbst außer Stand gesetzt habe, seinen Contrahenten die nöthige Aufklärung über die mit ihm eingegangenen Geschäfte zu gewähren. Er behauptet zwar, an seiner Buchführung könne der Spieler kein weiteres Interesse haben, als daß derselbe nicht in Gefahr gerathe, doppelt zahlen zu müssen. Diese Behauptung widerlegt sich aber von selbst in Betreff derjenigen Fälle, wo der Beklagte durch Zusendung von mehreren Loosen, als der Spieler bestellt hat, ein ganz anderes und viel bedeutenderes Interesse des Spielers veranlaßt. Ein solches Interesse bestand nach Klägers richtiger Auffassung in vorliegendem Falle darin, daß Beklagter in seinen Büchern den Kläger wegen der zuviel geschickten 3½ Loose zu belasten und, wenn sie zurückgesandt wurden, zu entlasten hatte.

In der That handelt es sich übrigens viel weniger um eine Frage von kaufmännischer Bedeutung, als um eine Beweisfrage von rein rechtlichem Gewicht. Wenn nämlich Beklagter vollkommen Recht hätte in Allem, was er über die Angemessenheit und Ordnungsmäßigkeit seiner Geschäfts- und Buchführung angibt, so müßte ihm die Unmöglichkeit, aus dem ganzen Complex seiner Bücher und Scripturen irgend eine klare Einsicht in den Stand der durch ihn selbst verwickelt gemachten Angelegenheit des Klägers zu gewinnen, um so mehr zur Last fallen.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

Darin sind beide Partheien implicite einig, daß die Buchfüh-

rung dann als unvollkommen zu erachten ist, wenn die Möglichkeit einer vollständigen Geschäftsführung daraus nicht vorhanden. — Dies ist aber in concreto, wie gezeigt, der Fall, und daher kann denn auch — — die Frage unerörtert bleiben, ob in einer Lotteriesache Handelsassessoren, wie vom Stadtgericht geschehen, hätten zugezogen werden dürfen oder nicht, um so mehr als sich das Resultat ihres Gutachtens, auch abgesehen von besonderen kaufmännischen Kenntnissen, ganz von selbst ergibt.

37. Ref. I. Tit. 39. § 7, 8, 13 u. 14 und das Gesetz vom 15. Dez. 1829.

Unzutreffend und gekünstelt sind die Deductionen, welche Beklagter hiergegen aus den einschlagenden Bestimmungen der Frankfurter Reformation versucht hat.

Der § 7 der Reformation Theil I Tit. 39 verstattet demjenigen Theil, welcher den halben Beweis geführt hat, das **juramentum suppletorium** aufzulegen. Daran schließt sich der § 8, auf Grund dessen der erste Richter dem Kläger das **Juramentum decisorium** zuerkannt hat:

> „So aber jeder Theil seines Fürbringens ansehnliche und starke Anzeigungen für sich, dieselben doch nicht vollkommlich bewiesen han, also daß beyderseits alles auff Vermuthungen stünde; So soll nach fleißiger Erwegung der Sachen und Personen, gelegenheit, dem Kläger, oder aber dem Beklagten, welcher Theil die stärksten Vermuthungen für sich und der Sachen (vermuhtlich) am besten Wissenschaft hat, bei welchem auch sich der Wahrheit mehr zu ersehn (welches alles zu Erkenntniß und Ermässung der Scheffen stehen soll) obermeldt **Juramentum suppletorium**, oder aber **decisorium** aufferlegen. Doch dasselbig in ganz zweiffelichen Sachen mehr dem Beklagten, (so fern der sonst, wie obgemeldet, glaubhafftig) dann dem Kläger."

Offenbar streitet gegen den Sinn und gegen die klaren Worte dieses § 8 die Auslegung des Beklagten, wonach dieser Paragraph nur auf den Fall gehen soll, in welchem halber Beweis und halber Gegenbeweis einander gegenüber stehen. Der

§ 8 umfaßt vielmehr, im Gegensatze zu dem, auf den Fall des nur von einer Seite geführten halben Beweises beschränkten § 7, die mannigfaltigsten Fälle anderer Art, in welchen beide Theile erhebliche Anzeigen und Präsumtionen für sich haben. Da soll dann vor Allem auf die bessere Wissenschaft, die stärkeren Präsumtionen und die größere Glaubwürdigkeit gesehen werden, welche für den einen oder den anderen Theil sprechen

Orth Anmerkungen zur Reformation a. a. O. S. 768 flg.

Alle diese Momente treten im vorliegenden Falle zu Gunsten des Klägers ein.

Wenn aber Beklagter noch auf die in den §§ 13 und 14 der Reformation a. a. O. enthaltene Beschränkung der Eidesdelationen und deren im Jahr 1829 gesetzlich erfolgte Aufhebung näher eingeht, um daraus auch den Wegfall des § 8 herzuleiten, weil gegenwärtig die (nach der Reformation wesentlich eingreifende) richterliche Macht, hinsichtlich der zugeschobenen Eide, beschränkt sei, so wird dies durch einen Blick auf die angezogenen Gesetzesstellen widerlegt.

Nach § 13, 14 der Reformation waren allerdings die Zuschiebung und Heimweisung des Eides erheblich beschränkt und mehr unter die Entscheidung des Richters gestellt. Das Gesetz vom 15. Dezember 1829 aber, welches in dem Frankfurter Prozeßrechte einige Aenderungen trifft, sagt ad. III nur Folgendes:

> „Die in der hiesigen Stadtreformation P. I. Tit. 39. §§ 13 und 14 enthaltene Beschränkung der Eidesdelationen wird, mit alleiniger Ausnahme für Schwängerungsklagsachen, hierdurch aufgehoben und es hinsichtlich der Befugniß zur Eidesdelation künftig lediglich bei dem gemeinen Prozeßrechte belassen.
>
> Gesetz- und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt Bd. IV S. 179.

Das neue Gesetz hat also weder ausdrücklich den § 8 der Reformation aufgehoben, noch auch nur indirekt einen Einfluß auf diejenigen früheren gesetzlichen Bestimmungen geübt, welche gar Nichts mit der Eideszuschiebung zu schaffen hatten, sondern lediglich dem richterlichen Ermessen für die Fälle eines nicht voll-

ständig geführten Beweises zur Auferlegung von Suppletorien, Decisorien oder Purgatorien, den hinlänglichen, aber gemessenen Spielraum sicherten.

38. Der Anwalt kann, je nach der Sachlage, selbst fraus und dolus der Gegenparthei vorwerfen, ohne sich einer Strafe wegen Injurien auszusetzen.

Es erübrigt nun noch, über den Antrag des Beklagten zu erkennen wegen injuriöser Ausdrücke wider den klägerischen Sachführer eine Disciplinarstrafe zu verhängen. Ganz abgesehen jedoch davon, daß Beklagter in seinen Schriften nicht überall den geziemenden Ton wider den Gegner beobachtet, sondern manche herabsetzende Ausdrücke gegen denselben gebraucht hat, — — daß ferner der Beklagte den gegenwärtigen Strafantrag selbst wieder mit verletzenden Worten ausstattet, so war darauf um deßwillen nicht einzugehen, weil dem Kläger nicht verwehrt werden konnte, zur Ausführung seines Rechtes auch fraus und dolus des Beklagten zu behaupten, die wahre Beschaffenheit der Sache auch jetzt noch nicht ermittelt ist, folglich eine Ueberschreitung der richtigen Gränzen der Rechtsausführung mit Sicherheit nicht erkannt werden kann.

XVII.

Dr. B. J. Römer dahier, Kläger
contra
den städt'schen Fiscus resp. hies. Stadtkämmerei, Bekl.

Die Frankfurter Reformation enthält im neunten Theil Titel 4 § 4 — 7 über die Begränzung ländlicher Grundstücke folgende Bestimmungen:

„§ 4. Mit Setzung der Hecken, welche zu einem lebendigen und bestendigen Frieden werden zugericht, Soll es also gehalten werden, daß dieselben, dieweil sie mit der Zeit sich erweitern, An-

derthalb Viertheil einer Ruthen, von den Steinen oder Furchen, und doch keine Bäume darinn, (wie auch die seyen) gesetzt werden sollen. So soll die Höhe solcher Hecken (wenn sie gebunden) über anderthalb Viertheil einer Ruthen nicht reichen.

§ 5. Solche Setzung der lebendigen Hecken soll allein (auff nechstgemeldte Maß) in Eckern und Wiesen, Aber in den Krautäckern und Weingärten gar nicht gestattet werden.

§ 6. Wolt denn einer ein Stacketen Zaun, so durchsichtig, machen, Der soll ein Viertheil einer Ruthen von den Steinen oder Furchen damit weichen. Und so er denselben mit Wellen decken will, Sollen dieselben nach der Länge, ein Well nach der andern geschlagen werden.

§ 7. So aber jemandt ein Ederzaun (das ist, mit Borten oder Dielen) machen wolt: der soll damit anderthalb Viertheil einer Feldruthen auff sich von den Steinen oder Furchen zurückweichen.

Dr. B. J. Römer beabsichtigte die in seinem Garten nach einem städt'schen Grundstücke zu gelegene Plankenwand an einer kleinen Stelle um 2¾ resp. 3¾ Schuh zu erhöhen, reichte zu diesem Behufe am 26. Nov. 1845 bei der Polizei-Amts-Feldsection einen Riß ein. Da die Stadtkämmerei als Verwalterin des Nachbargrundstückes am 6. Febr. 1846 die projectirte Erhöhung als wichwidrig und dem benachbarten Grundstücke nachtheilig bezeichnete, so war die Polizei-Amts-Feldsection zum ersten Male in der Lage, über die zulässige Höhe einer Plankenwand eine Entscheidung abgeben zu müssen. Dr. Römer erhielt unter dem 12. Febr. 1846 folgenden Rejectorialbescheid:

„Da mit einer Einfriedigungsmauer, wie dies durch langjährige Observanz feststeht, der für eine lebendige Hecke oder eine Dielwand durch die Reformation bestimmte Wich eingehalten werden muß und ganz nach Analogie dieser in der Reformation genannten Einfriedigung zu beurtheilen ist, für eine Hecke aber zugleich die Höhe mit anderthalb Viertheil einer Ruthe bestimmt ist und — wiewohl für eine Dielwand keine Höhe in der Reformation angegeben ist, — doch nicht angenommen werden kann, daß

deßhalb eine solche Dielwand, resp. Mauer, nach Belieben erhöht werden könne, sondern vielmehr bei vorliegendem Widerspruch der Nachbarn wegen Gleichheit des Wichs auch damit die für eine Hecke vorgeschriebene Höhe einzuhalten ist, so kann bei dem geschehenen Widerspruch Hochlöblicher Stadt-Kämmerei für die projectirte Mauererhöhung die Genehmigung nicht ertheilt werden.

Dieser Rejectorialbescheid hatte zur Folge:

1) daß Dr. Römer eine Spolienklage gegen die Polizei-Amts-Feldsection durchzuführen suchte, jedoch auf den Rechtsweg gegen den contradicirenden Nachbarn gewiesen wurde,

2) daß Bender in seinem Handbuch des Frankfurter Privatrechts § 83, p. 318, 319 die Ansicht der Polizei-Amts-Feldsection mit denselben Worten anführte, die das Oberappellationsgericht in jener Spolienklage gebraucht hatte,

3) daß, als der gesetzgebende Körper im Jahr 1848 den Wich gänzlich aufgehoben wissen wollte und den hohen Senat um Vorlage eines Gesetzentwurfes ersuchte, der gesetzgebende Körper im Jahr 1851 einen solchen zu berathen hatte, in welchem die Bestimmungen der Ref. die Grundlage bilden und in welchem abermals die obige Ansicht der Polizei-Amts-Feldsection aufgenommen wurde. Bei den Berathungen wurde aber in letzterer Beziehung eine Aenderung vorgenommen, und so enthält das Gesetz vom 1. April 1851 die Bestimmung, daß so lange der Wich nicht aufgehoben ist, die Höhe jeder Einzäunung nicht mehr als 6 Fuß Werkmaß betragen dürfe.

Nach einer subsidiär erkannten Provocationsklage stellte Dr. Römer die Negatorienklage gegen die Stadtkämmerei an. Die Beklagte berief sich in erster Instanz auf das aus obigem Rejectorialbescheid resultirende Recht (Analogie und Gewohnheitsrecht), in zweiter Instanz aber darauf, daß das Gesetz vom 1. April 1851 nur Gewohnheitsrecht enthalte und somit die zulässige Höhe einer Plankenwand nur 6 Fuß Werkmaß betragen dürfe.

Am 17. Febr. 1851 erkannte das Stadtgericht „der fiscus hat vorbehältlich des Gegenbeweises binnen 14 Tagen zu erweisen

daß Diel- und Plankenwände außerhalb der Stadt bei Einhaltung eines Wiches von nur 1½ Viertel einer Ruthe nach einem bestehenden Herkommen nicht über 1½ Viertel einer Ruthe erhöhet werden dürfen.

Auf Appellation des Beklagten und auf Antrag von Aktenversendung von Seiten des Klägers erkannte am 6. Sept. 1852 das Spruchcollegium zu Jena auf Abweisung der Klage, Verurtheilung des Klägers in die Kosten 1ter Instanz und Compensation der Kosten und Gebühren 2ter Instanz, so weit sie nicht in Folge der Aktenversendung die Kosten eines einheimischen Urtheils übersteigen.

Auf Oberappellation des Klägers und auf Antrag von Aktenversendung von Seiten der Beklagten wurde durch das Spruchcollegium zu Bonn am 11. April 1853 das stadtgerichtliche Urtheil wieder hergestellt, nur mit der Ausnahme, daß der Beweis der Gewohnheit statt auf ⅜ Ruthen auf 6 Fuß Werkmaß Höhe gerichtet wurde. Die Kosten 1ter Instanz werden ausgesetzt, die Kosten 2ter Instanz mit Ausnahme der Kosten der Aktenversendung der Beklagten zur Last gelegt, die Kosten der 3ten Instanz compensirt mit Ausnahme der Kosten der Aktenversendung, die die Beklagte allein trägt.

39. Rückwirkende Kraft eines Gesetzes.

Es ist ganz verkehrt, wenn der Anwalt der Beklagten die Anwendung des Gesetzes vom 1. April 1851 auf den gegenwärtigen Prozeß verlangt hat. Denn so wenig sich einerseits bezweifeln läßt, daß dieses Gesetz, so weit es ältere Eigenthumsbeschränkungen aufhebt, dem Kläger auch nach der Entscheidung dieses Prozesses zu Gute kommen muß, eben so wenig kann es demselben schaden, insoweit es jene Beschränkungen verschärfen sollte. Das Erstere ergibt sich von selbst aus dem von der Beklagten wiederholt geltend gemachten und ganz richtigen Umstande, daß sie gar kein eigentliches Servitutenrecht in Anspruch nehme, sondern nur die Aufrechthaltung einer allgemeinen ihr günstigen Rechtsvorschrift verlange; denn die richterliche Anwendung dieser Rechtsvorschrift besteht demgemäß auch nicht in der Zuerkennung

eines wahren Servitutenrechts, sie kann nur in Geltung bleiben, so lange die beschränkende Rechtsvorschrift selber besteht. Das Zweite aber ergibt sich daraus, daß das Gesetz vom 1. April 1851 keineswegs die Niederreißung oder Erniedrigung der bereits vorhandenen, ihm nicht entsprechenden Einfriedigungen vorschreibt, sondern nur eine Norm für die künftig zu errichtenden aufstellt. Da nun bekanntlich jeder Kläger verlangen kann, daß der Richter ihm im Falle des Obsiegs diejenigen Vortheile zuerkenne, die ihm durch rechtzeitiges Nachgeben des Beklagten gleich beim Anfange des Prozesses hätten zu Theil werden müssen, so muß auch in dem vorliegenden Falle der Kläger, wenn nur das frühere Recht ihm günstig war, in diejenige Lage versetzt werden, in der er sich befinden würde, wenn er am 16. November 1850 die projectirte Erhöhung seiner Planke wirklich hätte ausführen können.

40. Reformation Th. IX. Tit. 4. §. 4 u. 7.

Auch die Vorschriften der Frankfurter Reformation sind weder nach ihrer wörtlichen Fassung, noch mit Hülfe einer bloß doctrinellen Auslegung genügend, um den Widerspruch der Beklagten gegen die projectirte Erhöhung der Planke zu rechtfertigen. In Ansehung ihrer wörtlichen Fassung bedarf dies keiner abermaligen Erörterung; die analoge Ausdehnung des §. 4 der Reformation IX. 4 aber würde sich vom doctrinellen Standpunkte aus jetzt, wenn man sich an die Erklärungen der Beklagten halten will, noch weniger rechtfertigen lassen, als in erster Instanz. Denn in erster Instanz konnte es sich nur fragen, auf welche Analogien sich die Ausdehnung einer wirklich schon vorhandenen gesetzlichen Bestimmung gründen lasse; jetzt würde, nach der von der Beklagten gegebenen Erklärung, eine ganz neue Rechtsvorschrift zu der schon vorhandenen hinzuzufügen sein. In der ersten Instanz hätte nämlich die Schlußfolgerung entweder so lauten können:

> weil der §. 4 der Reformation die Höhe der Hecken eben derselben Beschränkung unterwirft, wie die Nähe derselben an den benachbarten Acker, so kann die Meinung der Reformation nur die gewesen sein, daß überhaupt die

Höhe aller Einfriedigungen nicht mehr betragen dürfe, als ihre Entfernung von der Gränze.

oder so:

weil jene Stelle für die Hecken bei einem Abstande von $^3/_8$ Ruthen eine Höhe von nur $^3/_8$ Ruthen gestattet, so hat sie auch nicht gestatten wollen, daß Dielenwände bei einem gleichen Abstande eine größere Höhe erhielten.

Unter diesen beiden Auslegungsweisen würde aber freilich die erste schon das entschieden wider sich haben, daß sie in ihren Folgen weit über das hinausgehen würde, was selbst die Beklagte in erster Instanz zu behaupten gewagt hat. Denn daß der Stacketen=Zaun, für welchen der §. 6 des gedachten Titels der Reformation nur den Abstand einer Viertelruthe vorschreibt, deßhalb auch die Höhe einer Viertelruthe nicht überschreiten dürfe, das scheint der Beklagten selber nicht eingefallen zu sein.

Anlangend aber die zweite Auslegungsweise, so wird auch diese vor Allem durch die Rücksicht ausgeschlossen, daß dabei die Identität der ratio legis unerweislich ist, ja, daß es entschieden an derselben mangelt. Denn

1) wenn eine Hecke in einer Entfernung von $^3/_8$ Ruthen gesetzt wird, so ist sie damit keineswegs in gleichem Abstande von der Gränze entfernt, da sie nothwendig auf beiden Seiten des Stammes in die Breite, möglicherweise in sehr bedeutendem Maße, wachsen wird. Dies hat der gedachte §. 4 mit ausdrücklichen Worten berücksichtiget, und zwar ohne für diese Breite der Hecke irgend ein Maß vorzuschreiben. Hätte also die Höhe einer Hecke nicht mehr betragen sollen, als ihre Entfernung von der Gränze, so mußte diese Höhe noch unter $^3/_8$ Ruthen erniedrigt werden. In diesem Sinne wird auch von Orth, Anmerkungen, dritte Forts. S. 643 bezeugt, daß, bei Vertheilung gemeinschaftlicher Güter, für die Breite einer Hecke drei Schuh vergütet zu werden pflegen.

2) Dagegen duldet der §. 4 vielmehr noch eine größere Höhe der Hecke, als diese $^3/_8$ Ruthen, indem er dieses Maß an die Bestimmung knüpft "wenn sie gebunden," was den Sinn zu haben scheint, daß mit dem Einbinden der Hecke auch das Be=

schneiden derselben bis auf die gesetzliche Höhe Statt finden solle. Nun aber wächst die beschnittene Hecke immer von Neuem in die Höhe, mithin wird diese Höhe auch im Laufe des Jahres, bis zur nächsten Beschneidung mehr betragen, als $^{3}/_{8}$ Ruthen.

3) Daß eine lebendige Hecke dem benachbarten Lande mehr schadet, als ein sogenannter Ederzaun, das hat die Reformation sehr bestimmt vorausgesetzt, indem sie im §. 5 die erstere in Krautäckern und Weingärten gar nicht gestatten will, was doch im §. 7 in Ansehung des letzteren nicht wiederholt worden ist. Man braucht nur das Auslaufen der Wurzeln und das Nisten der Vögel in Hecken zu erwägen, um sich von der Richtigkeit jener Voraussetzung zu überzeugen.

4) Andererseits bedarf auch derjenige, der sich mit einer Hecke schützen will, keineswegs einer solchen Höhe, wie die Dielenwand sie erfordert, um das Uebersteigen zu erschweren.

5) Endlich ist eine übermäßige Höhe bei Dielenwänden viel weniger zu fürchten, als bei lebendigen Hecken, weil erstere dadurch viel kostspieliger werden, während umgekehrt bei den Hecken das Beschneiden, wenn auch vielleicht nicht mit Kosten, doch immer mit einem Aufwande von Zeit und Sorgfalt verbunden ist.

Unter diesen Umständen wird sich gewiß nicht behaupten lassen, daß die alte, ohnehin wenig zuverlässige Regel: ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio auf die §§ 4 und 7 des gedachten Titels dergestalt passe, um die Bestimmungen des § 4 auf den § 7 übertragen zu dürfen.

Dabei ist auch nicht zu übersehen, daß andere Gesetzgebungen, welche für die Hecken allerdings einen Abstand von der Gränze vorschreiben, eine solche Vorschrift für Planken und Mauern gar nicht enthalten. So namentlich Preuß. Landrecht, Th. 1. Tit. 8. § 173. 174. Code civil, art. 671. 672.

Zu allem Diesem kommt nun aber jetzt noch hinzu, daß nach den an die Appellations-Einwendung zweiter Instanz geknüpften, und seitdem öfter sehr bestimmt wiederholten Erklärungen der Beklagten gar nicht mehr anzunehmen ist, daß hier auch nur eadem legis dispositio eintreten dürfe. Denn die Beklagte gesteht dem Kläger eine Plankenhöhe von sechs Fuß zu, nicht nur als

besondere Begünstigung, sondern sie versichert niemals der Meinung des Polizeigerichts gewesen zu sein, welches nur die Höhe von 3/8 Ruthen für erlaubt gelten lassen wolle.

Daß aber eine analoge Gesetzesausdehnung, welche weder von derselben legis ratio ausgeht, noch auf dieselbe legis dispositio hinausführt, sich wissenschaftlich nicht rechtfertigen läßt, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung 4) daß auch die Vorschrift, nach welcher für Hecken bei gleichem Wiche nur eine Höhe von 1½ Viertel einer Ruthe erlaubt ist, nach dem angegebenen Gesetzesgrund, sowie nach dem ganzen inneren Zusammenhang der vorliegenden gesetzlichen Bestimmungen eine Ausdehnung auf Diel- und Plankenwände nicht zuläßt.

Das zweitinstanzliche Urtheil motivirte seine Entscheidung dahin:

Es ist klar, daß der Wich bei einer lebendigen Hecke, wo diese überhaupt gestattet ist und bei einer Dielenwand — wie die gegenwärtig streitige ist — gleich groß, nämlich zu 3/8 Feldruthen bestimmt ist; und ebenso ist für die Hecken die Höhe auf eben so viel bestimmt, während für die Dielwand sich darüber keine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift findet. Die hier zu entscheidende Frage ist folglich die, ob die von den Hecken hinsichtlich der Höhe gegebene Norm auch auf die Bretterwände ausgedehnt werden muß oder nicht. Das Stadtgericht hat dies mit dem Kläger verneint, während Beklagte und mit ihr Bender (Handbuch § 83 p. 318—319) der Ansicht sind, daß diese ausdehnende Auslegung stattfinden müsse. Man muß aber diese letzte Meinung für richtig erkennen; denn die in der Reformation hinsichtlich des Stacketenzaunes, wegen seiner Durchsichtigkeit bestimmte mindere Größe des Wichs zeigt deutlich, daß das Gesetz bei allen diesen Vorschriften, wie es auch naturgemäß war, sich nach dem Schaden richtete, welcher je nach der besonderen Beschaffenheit des Zaunes und des Materials, aus welchem er besteht, dem Nachbargrundstücke droht; hiernach wurde der Wich d. h. die nothwendige Entfernung von der eigentlichen Gränze des Grundstückes bestimmt, der bei dem,

Luft, Licht und Sonnenschein durchlassenden, also minder schädlichen Stacketenzaun nur kleiner sein soll, bei der undurchsichtigen Hecke und der ebenso undurchsichtigen Bretterwand aber um ein Drittheil mehr betragen muß (Orth, Anmerkung zur Ref. Bd. IV. p. 642) und hiernach muß sich folglich auch die Höhe des Zaunes richten. Denn je höher der Zaun, desto mehr benimmt er dem benachbarten Grundstück an Licht und Luft und, je nach seiner Richtung auch an Sonnenschein; je weniger aber der Zaun nach seinem Material an Licht und Luft durchläßt, vielmehr dieses von dem Nachbar-Grundstücke absperrt, je schädlicher ist er. Nun sollen die Hecken nur $^3/_8$ Ruthen hoch sein dürfen; die aus Brettern bestehende Wand ist aber sogar noch undurchsichtiger, als die, noch möglicher Weise Lücken oder Zwischenräume enthaltende lebendige Hecke, und es ist daher, weil jedes Gesetz nach der Absicht des Gesetzgebers ausgelegt, diese aber für eine der Natur des betreffenden Verhältnisses entsprechende gehalten werden muß (Guyet, Abhandl. aus dem Civilr. p. 161 ff.) nothwendig, die bei Gelegenheit der Hecke hinsichtlich der Höhe gegebene Vorschrift auch auf den „Ederzaun" auszudehnen. Dies ist um so einleuchtender, als bei der Hecke, wo der Wich gerade $^3/_8$ Ruthen breit sein soll, die Höhe zu ebensoviel festgesetzt worden ist, mithin der Wich und die Höhe der Hecke einander correspondiren und letztere durch einen gerade eben so weiten Wich dem Nachbar unschädlich gemacht werden soll; bei der Dielenwand ist nun aber der Wich ebenso zu $^3/_8$ Ruthen vorgeschrieben und folgt daraus, daß auch die Höhe dieser Art von Zaun die nämliche sein muß, wie bei der Hecke.

41. Versuchter Beweis eines Gewohnheitsrechts, gegründet auf eine einmalige Entscheidung einer Verwaltungsbehörde und die daraus resultirenden Folgen, um eine Beweisauflage abzuwenden.

Es kann demnach nur noch auf die Frage ankommen, ob bereits ein Gewohnheitsrecht, sei es als Usualinterpretation, sei es als selbstständige Gewohnheit, erwiesen vorliege, welches die Höhe der Dielenwände einer bestimmten Begränzung unterwürfe. Als Zeugniß für dieses angebliche Gewohnheitsrecht ist aber

1) vor Allem die Entscheidung der Polizei-Amts-Feldsection vom 12. Februar 1846 geltend gemacht worden, wobei nur darüber gestritten wurde, welcher Grad von Glaubwürdigkeit diesem Zeugnisse beizulegen sei. Es bedarf aber nur einer sorgfältigen Lesung jenes Bescheides, um sich zu überzeugen, daß darin nur die, auch anderweitig hinreichend bestätigte, usuelle Gleichstellung der Mauern mit den Dielenwänden bezeugt wird, nicht aber die der Dielenwände mit den lebendigen Hecken, indem in dieser Beziehung in den Worten „für eine Hecke aber" u. s. w., vielmehr die Nothwendigkeit einer analogen Ausdehnung der gesetzlichen Vorschriften behauptet wird. Es muß also dieses erste angebliche Zeugniß ganz gestrichen werden.

(Während das Stadtgericht sich dahin erklärte: „daß der Bescheid der Polizeiamts-Feldsection vom 12. Februar 1846 zum Nachweis des behaupteten Herkommens nicht geeignet ist", sprach sich die zweite Instanz folgender Maßen aus: Es erscheint von der größten Wichtigkeit für die Unterstützung der oben geschehenen Ausdehnung der gesetzlichen Vorschrift von der Höhe der lebendigen Hecken auf die Höhe der Bretterwände, die Resolution der Polizei-Amts Feldsection vom 12. Febr. 1846. Hier spricht diese Behörde bestimmt aus, daß es „durch langjährige Observanz feststeht", daß nach Analogie der Reformationsvorschrift über die Höhe der Hecken auch die Dielenwände zu beurtheilen waren, und nicht angenommen werden kann, daß eine Dielenwand nach Belieben erhöht werden dürfe, vielmehr bei eingelegtem Widerspruch des Nachbars die für eine Hecke vorgeschriebene Höhe eingehalten werden müsse. Nun ist aber die Polizei-Amts-Feldsection nach dem Gesetz vom 30. Oct. 1819 §. 2 s. (Ges. u. Stat. Samml. II. p. 89) diejenige Behörde, welche innerhalb der Frankfurter Flurmark die dort — nicht in der Stadt selbst — erforderlichen Resolutionen über beabsichtigte Bauten und Bauveränderungen zu ertheilen hat; sie muß daher nothwendig die zur Beurtheilung vorliegende Frage hinsichtlich der gestatteten Höhe der Bretterzäune oft zu beurtheilen gehabt haben. Wenn sie also ausspricht, resp. bezeugt, daß die oben Nr. 40 angenommene analoge Anwendung, resp. Ausdehnung der ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift über

die Höhe der lebendigen Hecken auf die Dielwände „durch langjährige Observanz" feststeht, so muß ihr darin Glauben beigemessen, mindestens bei der Uebereinstimmung dieses Zeugnisses für die angegebene Observanz mit der sich als innerlich begründet und nothwendig darstellenden ausdehnenden Auslegung der Reformation, diese Auslegung für vollständig gerechtfertigt angesehen werden. Zwar hat Kläger gegen dieses Zeugniß der Baubehörde für die in der Feldgemarkung vorkommenden Bauten noch eingewendet, daß es keine einzelne Fälle anführe, auf welche es seine Behauptung der angeblichen Observanz stütze, so daß der hier erkennende Richter nicht die Begründung des in jenem Zeugnisse enthaltenen Urtheils zu ersehen vermöge. Allein man muß mit G. Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. II. p. 127 ss. Wening-Ingenheim, System des Civilrechts Buch I. § 12. u. f. davon ausgehen, daß der Richter dem Urtheil der Sachverständigen auch da folgen muß, wo sie ihre Gründe nicht speciell angeben, wie namentlich aus Nov. 106 praef. cap. 1 hervorgeht, woselbst von einigen Akten, aus welchen die über das Dasein des Gewohnheitsrechts vernommenen Sachverständigen darauf geschlossen, nicht die Rede ist, sondern ihrem Zeugniß, daß der fragliche gewohnheitliche Rechtssatz so gelte, ohne Weiteres Glauben beigemessen wurde. W. H. Puchta in Linde, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. VII. p. 352. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen Nr. 61 p. 317 ss.)

2) Sodann sollen die Aeußerungen des Referenten und einiger Votanten über den Entwurf des neuen Gesetzes vom 1. April 1851 die Bestätigung enthalten, daß dieses Gesetz im Wesentlichen nur eine Zusammenstellung der seither gültigen Observanzen sei; und dieses Gesetz schreibe im Art. II. § 10 ausdrücklich vor, daß bei Einfriedigungen zwischen Nachbaren die Höhe derselben höchstens sechs Schuh Werkmaß betragen dürfe.

Dies letzte wird nun freilich auch von dem Kläger für diejenigen Fälle, wo der Wich nicht aufgehoben sei, eingeräumt, allein nach demjenigen, was er seinerseits über die vorausgegangenen gesetzgebenden Verhandlungen anführt, läßt sich nicht ohne Weiteres annehmen, daß damit nur ein schon bestehendes Gewohnheitsrecht

habe bestätigt werden sollen, vielmehr würde es darüber zunächst noch einer vollständigen Vorlage der Verhandlungsprotocolle bedürfen. Für jetzt würden diese Anführungen zweiter Instanz um so weniger zur Abänderung des Beweisinterlocuts genügen dürfen, als man nach einem bekannten Rechtssatze die Beschwerde über eine Beweisauflage nicht dadurch rechtfertigen darf, daß man in höherer Instanz den auferlegten Beweis erbringt.

Das Hinfällige dieses Zeugnisses, so wie es bisher vorliegt, tritt aber um so klarer hervor, wenn man zugleich die bereits in den Akten enthaltenen Gegenargumente in's Auge faßt. Diese sind nämlich folgende.

1) Die Beklagte hat sich, ungeachtet der bestimmtesten Aufforderungen des Klägers, nicht herbeigelassen, specielle Fälle namhaft zu machen, in welchen die Höhe von sechs Fuß als das erlaubte Maximum einer Dielenwand zwischen Nachbargrundstücken behandelt worden wäre.

2) Auch dem Stadtgerichte scheinen keine Fälle dieser Art, wenigstens nicht in der zum Beweise eines Gewohnheitsrechtes genügenden Anzahl, bekannt zu sein, da es sonst nicht erst auf den Beweis desselben erkannt haben würde.

3) Eben so wenig wissen die namhaftesten Schriftsteller über das Frankfurter Particularrecht: Orth, v. Adlerflycht, Bender und Souchay von einem solchen Gewohnheitsrechte, wie denn auch die Frage von der analogen Ausdehnung des § 4 der Reformation Th. IX. Tit. 4 nur bei Einem dieser Schriftsteller, und nur erst in Folge des jetzigen Prozesses, ohne sie zu bejahen, berührt wird. Dies ist nämlich die schon in zweiter Instanz angeführte Stelle von Bender, welcher in seinem 1835 erschienenen Lehrbuche des Privatrechts der Stadt Frankfurt §. 53 noch ganz von dieser Frage geschwiegen hatte, während er in dem 1848 erschienenen Handbuche § 83 p. 318, 319 nur die Ansicht der Polizeiamts-Feldsection in der vorliegenden Streitsache mit denselben Worten referirt, mit welchen sie in den Entscheidungsgründen zu dem Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 30. Juni 1847 p. 8 erwähnt, aber gewiß nicht bestätigt worden war. Die

eigene Meinung des Verfassers wird nur dahin ausgesprochen, daß er die analoge Anwendung der Vorschriften der Reformation auf Terrassen in Frage stellt, und schließlich hinzufügt: „Das Wichhalten ist beinahe ganz abgekommen, — gewöhnlich wird auf die Gränze selbst eine acht bis neun Schuh hohe Dielwand oder auch ein Stacketenzaun gesetzt."

Daß jedoch ungeachtet dieser Gegengründe der Beklagten der Beweis des von ihr behaupteten Gewohnheitsrechtes nicht abgeschnitten werden darf, das folgt jedenfalls schon aus der formellen Lage des Prozesses, indem der Kläger in dieser dritten Instanz nicht mehr fordern kann, als was er in der zweiten beantragt hatte, nämlich die Bestätigung des in erster Instanz ergangenen Beweisinterlocuts. Nur in so weit als die Beklagte durch ihre mehrerwähnte nachträgliche Erklärung bereits auf jede Beweisführung verzichtet hat, nämlich in Ansehung der Plankenhöhe bis zu sechs Fuß, muß das in jenem Interlocute vorgeschriebene Beweisthema nothwendig eine Beschränkung erleiden: sie kann jetzt, ihrem eigenen Verlangen gemäß, nur noch zu dem Beweise zugelassen werden, daß Diel- und Plankenwände unter den angegebenen Umständen die Höhe von sechs Frankfurter Werkschuh nicht übersteigen durften. Daß ihrer Ansicht nach dieser Beweis minder schwierig sein wird, als der des ursprünglichen Beweisthemas, kann bei der offenbaren Theilbarkeit ihres Einwandes, der Modification des Beweissatzes nicht im Wege stehen.

42. Umschreibung der Transmissionskosten.

Wenn aber die Partheien den Worten der damaligen Urtheilsverfasser „jedoch ist Appellant die Kosten und Gebühren des gegenwärtigen Erkenntnisses, in so weit sie die Kosten und Gebühren eines von dem Appellationsgerichte selbst zu ertheilenden Erkenntnisses übersteigen, zu tragen verbunden" den Sinn beilegen, als ob auch die Kosten der vorausgegangenen schriftlichen Verhandlung, insofern sie die Kosten einer mündlichen Verhandlung übersteigen, den Versendungskosten gleichgestellt werden sollten, so ist diese Auslegung weder an sich nothwendig, noch auch der bei den deutschen Spruchcollegien üblichen

Auffassungsweise entsprechend, indem jene speciellere Umschreibung der sogenannten Versendungskosten im Allgemeinen nur zu dem Zwecke gebraucht zu werden pflegt, um die Möglichkeit eines Abzugs der Kosten des einheimischen Urtheils, welche etwa durch die Aktenversendung erspart werden möchten, von den Versendungskosten, offen zu halten. Es hat demnach einer abändernden Bestimmung in diesem Punkte nicht bedurft und nur der größeren Deutlichkeit wegen ist hier zu bemerken, daß unter dem jetzt gebrauchten Ausdruck „Versendungskosten" keine Kosten der vorangegangenen contradictorischen Verhandlung zu verstehen sind.

XVIII.

Johann Conrad R., Kläger und Widerbeklagter
contra
dessen Ehefrau Johannette Franziska, geb. W., Beklagte und Widerklägerin.

Kläger behauptet, daß seine Ehefrau nach einer am 21. Sept. 1850 erfolgten Aussöhnung:

1. sich des Ehebruches schuldig gemacht hat;
2. die Kinder anweise, ihren Vater zu belügen;
3. dem Kläger die Erfüllung der ehelichen Pflicht verweigere;
4. sich einer, seinen Vermögensverhältnissen nicht angemessenen Verschwendung hingebe;
5. heimlich Vermögen besitze, dessen Verwaltung sie ihm entziehe;
6. eine Zeitlang die Losung des Geschäfts sich angeeignet habe und
7. in dem letztern ihn nicht genügend unterstütze.

Die Ehefrau setzt der auf diese Thatsachen gegründeten Ehescheidungsklage folgende Einreden entgegen:

a. daß der Kläger durch Schelten und Schimpfen Ursache zu den ehelichen Mißhelligkeiten gebe;

b. daß er öfters Wuthanfälle bekomme, in welchen er nicht wisse, was er thue;

c. daß er zur Erfüllung der ehelichen Pflicht unfähig sei;

d. daß die Beklagte die Erziehungskosten bestritten und zum Besten ihrer Kinder Geschenke an die Lehrer der Kinder gemacht;

e. daß sie durch Unterricht im Tanzen die Mittel zu den fraglichen Ausgaben gewonnen habe;

f. daß sie wegen Kränklichkeit jährlich ein Bad besuchen müsse, und behauptet als Grund einer Widerklage, daß der Kläger sie wörtlich und thätlich mißhandele.

Da diese Behauptungen von beiden Theilen in Abrede gestellt wurden, stellte das Stadtgericht am 21. April 1852 dem Kläger den oben sub 1 — 7 bezeichneten Grund seiner Klage, der Widerklägerin den angegebenen Grund ihrer Widerklage zum Beweise auf, unter Verwerfung der auf die Thatsachen *a* — *f* gegründeten Compensationseinrede.

Das Appellationsgericht erkannte am 2. Juli 1852 auf Appellation der Beklagten, daß der Beklagten, außer dem directen Gegenbeweis gegen die dem Kläger sub 1 — 7 auferlegten Beweise, auch der Beweis der oben *a* — *f* angeführten Thatumstände nachzulassen sei.

Auf Oberappellation der Beklagten erkannte am 11. April 1853 das Oberappellationsgericht, dem Kläger sei der Beweis von pos. 1 und 3 alternativ (in pos. 3 wird das Wort „beharrlich" aufgenommen), der Beklagten gegen pos. 3 der Einredebeweis von pos. a. b und c und als Widerklägerin der Beweis der wörtlichen und thätlichen Mißhandlung nachzulassen. Beiden Theilen wird der Gegenbeweis vorbehalten.

43. Einrede der Versöhnung begründet auf begehrten, aber nicht geleisteten Beischlaf.

Die Beklagte stützt den Antrag, den Klaggrund des Ehebruchs zu verwerfen, darauf, daß der Kläger, indem er in der Klage behaupte, die Beklagte verweigere ihm seit einiger Zeit beharrlich den Beischlaf, damit selbst zu erkennen gebe, daß er den Beischlaf

beharrlich begehrt und somit den Fehltritt der Beklagten verziehen habe. Es unterliegt nun zwar keinem Bedenken, daß die Einrede der stillschweigenden Verzeihung nicht bloß durch fortgesetzte eheliche Beiwohnung, sondern auch durch andere concludente Handlungen begründet werden kann.

Frankfurt S. L. c. uxorem 1833.

Immer aber müssen dazu solche Handlungen vorausgesetzt werden, in denen eine vollständig zu Stande gekommene Aussöhnung enthalten ist. Hat aber der unschuldige Theil von dem schuldigen die Leistung der ehelichen Pflicht verlangt und dieser sie verweigert, so liegt nur ein vereitelter Versuch einer vollständigen Aussöhnung vor, indem die Willensmeinung des unschuldigen Theils nicht so aufgefaßt werden kann, als habe er schon mit dem zu erkennen gegebenen Verlangen sofort auf seine durch den Treubruch begründeten Rechte verzichtet, sondern nur dahin, daß er eine Verzeihung eintreten lassen wolle, wenn der schuldige Theil dem Verlangen entspreche und auch seinerseits das eheliche Leben gebührend fortsetzen werde.

44. Beweislast in Bezug auf die Verweigerung der ehelichen Pflicht.

Die Beschwerde war insoweit für begründet zu erachten, als in den Beweissatz Nr. 3, dem § 15 Nr. 3 des Gesetzes vom 19. Nov. 1850 entsprechend, noch das Wort „beharrlich" aufgenommen werden mußte. Dagegen liegt es dem Kläger nicht ob, auch die „schuldhafte" Verweigerung der ehelichen Pflicht zu beweisen, da es vielmehr Sache der Beklagten ist, besondere Umstände darzuthun, aus welchen die an sich rechtswidrige Verweigerung des Beischlafes gerechtfertigt sein würde, wie ihr denn auch in dieser Beziehung der Beweis mehrerer vorgeschützter Einreden nachgelassen worden ist.

45. Zulassung unerheblicher Thatsachen in Ehesachen zum Beweise.

Die Zulassung der Beweissätze 2, 4—7 kann nicht etwa durch den vom Appellationsgericht hervorgehobenen Umstand gerechtfertigt erscheinen, daß in dem stadtgerichtlichen Interlocut die Entscheidung über die Erheblichkeit der fraglichen Thatsachen im Einzelnen und in ihrem Zusammenhange späterer Erwägung vorbe-

halten worden ist. Denn nach gesetzlicher Vorschrift darf der Richter unerhebliche Thatsachen nicht zum Beweise verstellen

J. R. A. § 50

und hiervon machen auch Ehesachen, ungeachtet eines dem Richter einzuräumenden freieren Ermessens in Abfassung des Beweissatzes keine Ausnahme.

XIX.

J. Ph. Sch., dahier, Kläger
contra
L. Sch., dahier, Beklagten.

Kläger behauptet, der Beklagte habe im Jahr 1838 in Folge Uebereinkunft gegen entsprechende Vergütung den Plan zu dem Neubau des klägerischen Wohn- und Brauhauses entworfen, die Leitung und Ausführung dieses Baues übernommen, die Maurerarbeit geliefert und seine Bezahlung erhalten. Nach und nach hätten sich Mängel ergeben, die jetzt in einem solchen Grade sich offenbart hätten, daß, wenn nicht schleunige Abhülfe erfolge, der Einsturz dieses neuen Gebäudes zu befürchten stehe. Es werden nun die einzelnen Mängel angegeben. Kläger macht den Beklagten verantwortlich für die Reparaturkosten, für alle Schäden, die im Allgemeinen liquidirt werden, nicht nur weil Beklagter als Baumeister an und für sich für alle Fehler einstehen müsse, sondern auch, weil er diese Haft noch ausdrücklich übernommen habe, außerdem aber weil jene Schäden auch in der fehlerhaften Ausführung der Maurerarbeit ihren Grund hätten.

Der Beklagte, welcher die bemerkbar gewordenen Fehler des Hauses an sich nicht leugnen kann, lehnt alle und jede deßfallsige Verantwortlichkeit von sich ab, indem er der obigen Uebereinkunft, der ausdrücklichen Haftung und der empfangenen Vergütung widerspricht. Nur rücksichtlich der angeblich untadelhaften Maurerarbeit habe er mit dem Kläger einen Akkord abgeschlossen und nur

in dieser Beziehung zu haften gehabt. Beklagter schützt ferner folgende Einreden vor:

1. Der Kläger habe den Bau durch achtjährige Benutzung genehmigt.

2. Die Partheien hätten sich verglichen. Diese Einrede ist auf die Thatsache gestützt, daß Differenzen über die Maurerarbeit durch einen Dritten vermittelt worden seien; in Folge davon habe sich Beklagter einen bedeutenden Abzug gefallen lassen und dem Kläger einen Schein ausgestellt, wodurch Beklagter abfindungsweise und zur Erledigung aller obgewalteten Irrungen sich mit fl. 1000 befriedigt erklärt habe. Hiermit sei eine gegenseitige Abfindung wegen aller gegenseitigen Ansprüche bezweckt gewesen.

3. Eigene Verschuldung des Klägers gründet der Beklagte

a) auf eine Reihe Thatsachen, bei welchen der Kläger, trotz der bestimmt erklärten gegentheiligen Ansicht, Anordnungen und Unterlassungen getroffen habe, die den Grund zu den Senkungen abgäben.

b) Kläger habe auch früher, als die Mängel sichtbar wurden, zu deren Beseitigung nichts gethan.

c) Endlich habe der Kläger das Sprießen des Gebälks und das Aufführen eines Stückes Fundamentmauer nnter dem Durchzug vorgenommen, wodurch der Durchzug und das Gebälk gehoben, die Zähne des ersteren zerbrochen und das Ganze in Bewegung gesetzt und der **status quo** dergestalt verändert worden sei, daß sich jetzt nicht mehr ermitteln lasse, wem die Senkungen zur Last fielen, dem Baumeister oder dem Kläger.

Das Stadtgericht erkannte am 13. Dec. 1848:

Es haben, vorbehältlich des Gegenbeweises, binnen 14 Tagen rechtsgenügend darzuthun

A. der Kläger:

a. daß der Beklagte die technische Leitung und Ausführung des im Jahr 1838 begonnenen Neubaues des klägerischen Wohn- und Brauhauses übernommen oder wenigstens die Verantwortlichkeit für diese Ausführung dem Kläger zugesichert gehabt,

oder

b. daß die entstandenen Senkungen durch die fehlerhafte Ausführung der Maurerarbeit veranlaßt sind;

B. der Beklagte:

a. daß und welche der nachfolgenden Arbeiten — diese werden einzeln genannt — auf besondere Anordnung des Klägers stattgefunden haben, u. s. w.

und

b. daß und welche dieser Einrichtungen die in dem klägerischen Hause entstandenen Senkungen veranlaßt haben,

und

c. daß der Beklagte vor Ausführung der ad *a.* erwähnten baulichen Anordnungen u. s. w. den Kläger von der hieraus für den Bau entspringenden Gefahr in Kenntniß gesetzt hat.

Auf Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten des Beklagten bestätigte das Spruchcollegium zu Jena am 5. Januar 1852 das erstinstanzliche Urtheil; das Oberappellationsgericht ließ es am 30. April 1853 auf Oberappellation des Beklagten bei diesem Erkenntniß, nur gestattete dieser Gerichtshof dem Kläger neben dem ihm sub. A. *a.* oben auferlegten Beweise noch den Beweis, daß einige näher detaillirte bauliche Einrichtungen fehlerhafte Arbeit seien und durch dieselben dem Gebäude Nachtheile und welche verursacht worden seien. Die Kosten werden von dieser und der vorigen Instanz zu einem Sechstheil compensirt.

46. Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

Der Beklagte hat seine in voriger Instanz aufgestellten Beschwerden in der gegenwärtigen wiederholt und verlangt mittelst der ersten, daß die erhobene Klage auf Grund der Einrede stillschweigender Genehmigung des Baues abgewiesen werde: und zwar stellt derselbe in voriger und besonders in gegenwärtiger Instanz zunächst die Ansicht auf, daß eine Beurtheilung der Frage nach Zulässigkeit der Einrede und Wahrheit der Thatumstände, auf welche sie gegründet ist, gegenwärtig um deßwillen ausgeschlossen sei, weil in den Gründen zum ersten Urtheil die Einrede für zulässig und erwiesen erklärt und nur auf Grund einer gleichfalls für liquid erachteten Replik unberücksichtigt geblieben sei, weßhalb sich die Beurtheilung in den fernern Instanzen nur mit der

Prüfung der Richtigkeit dieser letzteren Annahme zu beschäftigen habe, da von Seiten des Klägers kein Rechtsmittel wider das erste Urtheil ergriffen worden sei. Diese Ansicht ist jedoch um deßwillen zu verwerfen, weil als der Rechtskraft fähiges Element der ersten auf Beweise und Gegenbeweise gerichteten Entscheidung sich nur die Verwerfung der stillschweigenden Genehmigung des Baues betrachten läßt, nicht aber das Raisonnement, mittelst dessen der Richter zu dem gedachten Resultat gelangt ist. Sobald also die Verwerfung der Einrede der Genehmigung durch das von dem Beklagten eingelegte Rechtsmittel der Appellation der Rechtskraft entzogen war, darf und muß das gesammte in den Akten liegende Vorbringen der Partheien über die fragliche Einrede einer abermaligen Prüfung unterzogen werden.

47. Stillschweigende Genehmigung eines Baues von Seiten des Bauherrn, dem Baumeister oder dem betreffenden Handwerksmeister gegenüber.

Es unterliegt aber die Einrede der stillschweigenden Genehmigung einer verschiedenen Beurtheilung, je nach Verschiedenheit der Fundamente der erhobenen Klage. Insofern dieselbe nämlich

a. darauf gegründet ist, daß der Beklagte die Leitung und Ausführung des ganzen Baues, oder darauf, daß er ausdrücklich die Haftungspflicht für jeden Schaden übernommen habe, welcher während des Baues und nachher durch seine Fehler dem Kläger erwachsen würde, kann vor einer Anwendung der bei der operis locatio in Ansehung der Genehmigung geltenden Rechtsgrundsätze nicht die Rede sein, da die behaupteten Verträge in so weit, wie von dem Oberappellationsgericht bereits in einem früheren Fall ausgeführt ist,

cf. Pflegamt des Versorgungshauses c. Burnitz 21. Dezember 1850. S. 10 — 16 der Entsch.-G.

nur ein Mandat oder eine Dienstmiethe, beziehungsweise ein specielles auf Haftung gerichtetes Versprechen enthalten, mithin bei Beurtheilung der hiergegen gerichteten Einrede nur die gewöhnlichen Grundsätze über Verzicht zur Anwendung kommen. Von den Thatumständen aber, auf welche die Einrede gestützt ist, als

1. der Kläger habe das Haus ohne Erinnerung und Vorbehalt angenommen, bezogen, vermiethet, seit 1840 in Gebrauch gehabt und erst 1847 Klage erhoben;

2. der Kläger habe dem Beklagten den Rest seiner Forderung wegen des Hausbaues ohne Vorbehalt bezahlt, nachdem zwischen ihnen nach Vollendung des Baues wegen der Maurerarbeit Differenzen entstanden seien; kann der Letztere um deßwillen offenbar nicht in Betracht kommen, weil der Beklagte durchgängig behauptet, daß ihm für Leitung und Ausführung des Baues eine Vergütung weder versprochen noch gegeben sei, die ihm bezahlten fl. 1000 sich nur auf die Maurerarbeit bezogen hätten und nur vergleichsweise bei Ausstellung der Quittung eine allgemeinere Fassung beliebt sei. Bleibt sonach für die Annahme des Verzichtes nur der erste Thatumstand übrig, so bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß daraus für sich allein ein solcher nicht abgeleitet werden kann. Insofern die Klage dagegen

b. auf die Fehler der Maurerarbeit gestützt wird, welche als operis conductio aufzufassen ist, kommen die bei dieser geltenden Grundsätze zur Anwendung. In dieser Beziehung kann nun der Ansicht nicht beigepflichtet werden, daß eine Befreiung des Conductors von der Verantwortlichkeit für Fehler nur dann eintrete, wenn eine Prüfung des opus von Seiten des locator Statt gefunden habe oder dieser von dem Conductor, wenn gleich vergebens, dazu aufgefordert sei. Vielmehr hat sich das Oberappellationsgericht schon früher für die Ansicht ausgesprochen, daß ein opus auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen gebilligt werden könne

cf. Orthenberger c. Kayser vom 30. März 1833 S. 5. ff. d. E. Gr.

Daß aber hierfür der unter a Nr. 1 so eben hervorgehobene Thatumstand nicht ausreiche, ist von dem Oberappellationsgericht bereits wiederholt ausgesprochen worden z. B.

cf. Discher c. Hauser vom 28. März 1851. S. 3—15 d. E. Gr.

Von größerer Erheblichkeit dagegen würde der a. a. O. unter Nr. 2 angeführte Thatumstand sein, da die illiquide Forderung

wegen Maurerarbeit erst durch die Verhandlungen liquid gestellt ist und man geneigt sein dürfte, in der Bezahlung des Restes der Gegenleistung einen Verzicht des Klägers auf Geltendmachung fernerer Mängel der Maurerarbeit zu finden. Allein selbst dann läßt sich eine Befreiung des Beklagten nicht annehmen, da die Billigung sich doch nur auf den damaligen Zustand beziehen konnte, unmöglich aber auf Baufehler sich anwenden läßt, die damals für den Kläger, einen Laien im Baufach, noch nicht ersichtlich waren, und in Bezug auf welche derselbe sich außer Stand befinden mußte, den Umfang des Schadens zu ermessen. Daß aber die Fehler in ihrer jetzigen Bedeutung erst später hervorgetreten sind, hat der Beklagte selbst zugestanden und darf dieses Geständniß, ungeachtet es bei Begründung einer eventuellen Einrede vorkommt, zur Beseitigung einer andern Einrede allerdings benutzt werden, wie denn auch darauf, ob Kläger in seiner Replikenschrift sich darauf gestützt hat, nichts ankommt, da er allgemein auf die Verwerfung der Einrede der Billigung angetragen hat.

Stellt sich sonach die Einrede der stillschweigenden Billigung schon an sich als verwerflich dar, so kommen die von dem Kläger und von dem Beklagten in den Repliken- und Duplikenhandlungen dagegen vorgetragenen Einwendungen gegenwärtig nicht weiter in Betracht.

Das zweitinstanzliche Urtheil bemerkte:

Diese Approbation setzt nach klaren gesetzlichen Bestimmungen (L. 24 pr. L. 36. L. 51. § 1 D. loc. cond.) voraus, daß der locator oder redemtor dem Bauherrn das vollendete Werk als vertragsmäßig und fehlerfrei nachweist und dann sich zu einer Revision des ganzen Werkes erbietet, welche mit ihm vorzunehmen der Bauherr schuldig ist, wenn er nicht die ganze Gefahr des Werks auf sich übergehen lassen will, „si per eum steterit, quominus opus approbetur vel admediatur (L. 36 cit.)" Es wird aber selbst durch eine solche Approbation der Baumeister nicht von den Ansprüchen wegen solcher Fehler frei, welche er dabei dem Bauherrn verheimlicht oder was damit einerlei ist, irriger Weise für unbedeutender, als sie wirklich waren, ausgegeben hat (L. 24 pr. cit. Quibus consequens est, ut irrita sit approbatio dolo con-

ductoris facta, et ex locato agi possit) und man wird dies selbst auf solche Fehler anwenden müssen, welche bei der Prüfung und Approbation des Baues sich noch gar nicht hervorgethan hatten und, wo nicht beiden Theilen, doch wenigstens dem Bauherrn unbekannt geblieben waren, indem es ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, daß nur demjenigen, was man kennt oder doch bei gehöriger Aufmerksamkeit wahrnehmen kann, gültig entsagt wird (Pufendorf observ. for. t. II. obs. 14 § 6). Da nun der Beklagte nicht angeführt hat, daß er dem Kläger das Haus in dieser Weise zu einer Revision des Baues übergeben habe und daß der Kläger dabei den eigentlichen Umfang der etwaigen Fehler habe übersehen können, so ist auch diese Beschwerde des Beklagten ungegründet.

48. In Bezug auf die Haftungspflicht des Baumeisters macht es keinen Unterschied, ob derselbe unentgeltlich oder gegen Lohn seine Leistungen verrichtet hat.

Das Verlangen des Beklagten, dem Kläger einen Beweis dahin aufzuerlegen, daß Beklagter für seine Leistungen als angeblicher Baumeister von dem Kläger eine und welche Vergütung erhalten habe, ist um deßwillen zu verwerfen, weil die Frage, ob Beklagter unentgeltlich oder gegen Lohn seine Leistungen verrichtet habe, in Bezug auf seine Haftungspflicht ohne Bedeutung ist, indem selbst dann, wenn und soweit als seine Thätigkeit auf ein Mandatsverhältniß zurückgeführt werden müßte und er für solche keine Bezahlung erhalten hätte, seine Verantwortung für geringe Versehen außer Zweifel sein würde

L. 11. L. 13. L. 21. C. mandati. L. 23. D. de regulis juris.

Das Stadtgericht sagte:

Eben diese außer Zweifel stehende grobe Verschuldung des technischen Leiters des Baues läßt auch die Frage, ob derselbe für seine Bemühungen honorirt worden sei oder nicht, gleichgültig erscheinen.

Das zweitinstanzliche Urtheil sprach sich dahin aus:

Wenngleich die Verabredung einer solchen Belohung für die zu leistenden Dienste gesetzlich für nothwendig erklärt ist, um dem vertragsmäßig eingegangenen Rechtsverhältniß den bestimmten

Charakter und Namen des Miethvertrags zu geben (pr. u. §. 1 J. de loc. et cond. L. 2. pr. D. loc. cond.), so trifft dies doch nicht sowohl die aus dem Vertrage selbst entstehenden Verbindlichkeiten und Rechte der Contrahenten, welche zwar nicht durch die actio locati et conducti, wohl aber durch eine actio praescriptis verbis geltend gemacht werden können (§ 1 J. de loc. et cond.) und es kommt bekanntlich nach den Reichsgesetzen (Reichsabschied von 1654 § 34) auch nur auf bestimmten und klaren Vortrag der Thatsachen, aus welchen ein Anspruch abgeleitet wird, an. (Nachdem, abgesehen von dem Vorstehenden, dargethan wird, daß die Abfindungssumme von fl. 1000 gerade eine solche Vergütung involvire, fährt das Urtheil fort:) dem Kläger ist der Beweis, daß Beklagter die Leitung des Baues übernommen habe, noch auferlegt worden und dem Beklagten steht also nicht nur frei, in dem ihm vorbehaltenen directen Gegenbeweis entgegenstehende Thatsachen zu beweisen, sondern auch seiner Zeit im Hauptverfahren die Unzulässigkeit der vom Kläger gebrauchten Beweismittel auszuführen. Dahin würde es auch gehören, wenn der Beklagte mit einigem Grunde behaupten könnte, daß die ihm zugestandene Vergütung von fl. 1000 zu gering sei, als daß sie für ernstlich und angemessen erachtet werden könnte (L. 46 D. loc. cond., si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducet) und wir können daher hier uns mit der Bemerkung begnügen, daß auch bei dieser Art von Geschäften die Gesetze die natürliche Freiheit der Partheien nicht aufgehoben oder in allzu enge Gränzen eingeschlossen haben (L. 22 § 3, L. 23 D. eod.)

49. Verpflichtung des Baumeisters, für alle Sorgfalt einzustehen.

Der Beklagte verlangt mittelst seiner fünften Beschwerde, daß der B. c. ihm cumulativ auferlegte Beweissatz, daß er den Kläger vor Ausführung, beziehungsweise Unterlassung der unter B. a. gedachten baulichen Anordnungen von der hieraus dem Bau entspringenden Gefahr in Kenntniß gesetzt habe, gestrichen werde. Er übersieht jedoch, daß ihn sowohl als Baumeister im Allgemeinen in Betreff des ganzen Baues, wie als Maurermeister hinsichtlich

der Maurerarbeit, insofern durch solche die in Rede stehenden Senkungen entstanden sein sollten, die Verpflichtung trifft, für alle Sorgfalt aufzukommen. Er hat aber dieser Pflicht nur dann entsprochen, wenn er, insofern der Bauherr Anordnungen treffen sollte, die mit den Regeln der Technik in Widerspruch ständen, denselben auf die aus solchen für den Bau hervorgehende Gefahr aufmerksam gemacht hat, indem sonst angenommen werden muß, daß er mit den gedachten Anordnungen vom technischen Standpunkte aus, einverstanden gewesen sei. Auch stehen die S. 41 und 42 [7] der Stadtgerichts-Acten citirten Gesetzesstellen*) dieser Ansicht nicht entgegen, indem die lex conductionis, das arbitrium domini, die voluntas locatoris in den angeführten Stellen zwar der Regel nach den locator operarum, beziehungsweise conductor operis außer Verantwortlichkeit stellen, allein über die Frage, in wie fern der Baumeister auf diese voluntas einzuwirken verpflichtet sei, dadurch überall nicht entschieden ist.

Das zweitinstanzliche Urtheil sprach sich dahin aus:

Es kann auch keinem Zweifel unterworfen sein, daß in beiden Beziehungen, sowohl bei den Obliegenheiten des Baumeisters, wenn dem Beklagten erwiesen wird, daß er solche übernommen habe, als bei den speciellen des Maurermeisters, deren Uebernahme Beklagter gar nicht leugnet, die Verantwortlichkeit nicht bloß auf die vorsätzliche Unredlichkeit im Bau und grobe Fehler, sondern auf jede Vernachlässigung der technischen Regeln des Bauwesens sich erstrecken muß. Denn zu der Verbindlichkeit, welche schon im Allgemeinen aus der Uebertragung und Uebernahme eines Werkes folgen, tritt noch insbesondere hinzu, daß der Uebernehmer (conductor operis) als Sach- und Kunstverständiger betrachtet werden muß, welcher die Arbeit nicht übernehmen durfte, wenn er nicht die nöthigen technischen Kenntnisse besaß, und dann auch bei ihrer Ausführung allen Regeln der Kunst genügen und für jede Vernachlässigung derselben einstehen mußte (L. 9 § 5, L. 13

---

*) § 5. J. de loc. et cond. L. 25 § 3, L. 51 § 1, L. 60 § 3. D. loc. cond. Glück Commentar Bd. XVII. p. 434 ss. und Not. g. v. Wening-Ingenheim Civilr. ed. 2. III. § 157.

§ 5, L. 25 § 7 D. loc. cond. „culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset“).

50. Der Baumeister kann sich bei Fehler, für die er verantwortlich ist nicht damit entschuldigen, daß der Eigenthümer des Baues zur Abwendung von Nachtheilen Nichts gethan habe.

3. Es läßt sich dem Bekagten darin nicht beipflichten, wenn derselbe mittelst seiner siebenten Beschwerde zum Beweise des Thatumstandes gelassen werden will, daß Kläger, der Senkungen im Jahre 1839 und 1841 ungeachtet, unthätig geblieben sei, und den Schaden hierdurch jedenfalls vergrößert habe. Denn ganz abgesehen von der Frage, ob diese Einrede ausreichend substantiirt ist, so kann der verlangte Beweis jedenfalls um deßwillen nicht nachgelassen werden, weil den Beklagten der Vorwurf eigenen Verschuldens trifft, wenn er als Baumeister — und diese Eigenschaft muß bei der Beurtheilung der Einrede einstweilen als erwiesen angesehen werden — oder als Maurermeister insofern ein Fehler in Frage stehen sollte, für welchen er als solcher verantwortlich wäre, es unterlassen hat, die gedachten Reparaturen selbst vorzunehmen oder den Kläger zu deren Vornahme zu veranlassen, welches letztere von ihm in erster Instanz nicht behauptet ist.

XX.

Philipp Weismantel, dahier, Kläger
contra
die Intestaterben von J. R. May dahier, Beklagte.

Das Stadtgericht hatte unter dem 23. Dec. 1850 dem Kläger unter anderen Beweisen auch folgende auferlegt:

1) daß Rudolph May dem Kläger fl. 3000 (oder wie viel weniger) geschenkt habe,

2) daß zwischen dem Kläger und Rudolph May die Uebereinkunft bestanden habe, daß der Kläger für die von ihm vermittelten hiesigen Geschäfte ½ % und für auswärtige 1% Courtage von Rudolph May zu beziehen habe.

Der Beweis wurde durch Zeugen und eventuelle Eideszuschiebung angetreten und das Stadtgericht erkannte unter dem 7. Juni 1852 den Zeugenbeweis für verfehlt und ließ die Beklagten zum Schiedseide zu, während auf Appellation des Klägers das Appellationsgericht am 20. Aug. 1852 unter Compensation der Kosten dieser Instanz den Kläger zum Erfüllungseide dahin zuließ,

A. daß Rudolph May ihm den Betrag von fl. 3000 (oder einen geringeren Betrag) zu schenken versprochen habe,

B. daß zwischen ihm und Rudolph May die Uebereinkunft bestanden habe, daß u. s. w. zu beziehen hatte.

Auf Oberappellation der Beklagten wurde dieses Erkenntniß von dem Oberappellationsgericht am 9. Mai 1853 mit dem Zusatz bestätigt, daß bei dem Eide sub. A. nach „versprochen" noch die Worte eingeschaltet wurden „und Kläger dieses angenommen habe". Ein Sechstheil der Kosten dieser Instanz werden compensirt, in fünf Sechstheile die Beklagten verurtheilt.

51. Zeugenaussagen über Thatsachen, über die der Zeuge nicht vorgeschlagen wurde.

Es kann den Beklagten darin nicht beigeflichtet werden, daß der Zeuge Geibel gar nicht berücksichtigt werden dürfe, weil derselbe zu dem die Schenkung betreffenden Beweissatz nicht als Zeuge vorgeschlagen worden sei. Denn, wenn ein, mehrere Punkte umfassender Beweis in der Art durch Zeugen angetreten worden ist, daß zu jedem Punkt besondere Zeugen denominirt wurden, so kann zwar im Fall der Zeugeneid speciell bloß auf den Gegenstand gerichtet war, worüber der einzelne Zeuge vorgeschlagen ist, die darüber hinausgehende Aussage eines Zeugen als unbeeidigt keinen Glauben verdienen

c. 29. X. de testibus.

Geht dagegen der Zeugeneid, wie in Frankfurt vermöge der Ref. I. Tit. 32 § 4, allgemein darauf, daß der Zeuge in der Sache, worin er werde vernommen werden, die Wahrheit sagen und nichts davon verschweigen wolle, so würde die gleich strenge Sonderung der Aussagen dem Beobachten einer bloßen Form ein

ungebührliches Gewicht auf Kosten des materiellen Rechtes einräumen und eine große Unbilligkeit gegen den Beweisführer zur Folge haben, welcher häufig nicht weiß und nicht wissen kann, was einem Zeugen über gewisse Vorgänge in ihrem Detail bekannt ist. Vielmehr muß in solchem Falle der Richter für befugt gehalten werden, die gesammten Zeugenaussagen für alle Punkte des Beweises zu benutzen und wenn dies schon gemeinrechtlich die Autorität angesehener Prozessualisten für sich hat — Strube rechtl. Bd. IV. Nr. 199 (ed. Spangenberg Nr. 721). Danz Ordentl. Prozeß ed. Gönner, § 311 not. *e*. Martin Civilprozeß §. 200 not. *k*. Linde Civilpr. § 269 not. 10 —, so ist es nach dem für Frankfurt durch das Gesetz vom 23. Mai 1848 eingeführten Verfahren bei Zeugenvernehmungen um so unbedenklicher, als hier den Partheien und ihren Vertretern gestattet ist, der Vernehmung beizuwohnen und Fragen zu stellen, dem Produkten daher Gelegenheit bleibt, unerwartet zur Sprache kommende Thatsachen erläutern und etwa darauf bezügliche besondere Einreden gegen den Zeugen feststellen zu lassen. Allerdings kann nun unter Umständen ein Zeuge sich dadurch verdächtig machen, daß er etwas aussagt, wonach er nicht gefragt worden ist, und dem Produkten muß es unbenommen sein, dies im Impugnationsverfahren geltend zu machen. Allein im vorliegenden Fall kann davon nicht die Rede sein.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung: daß

1. c. die — ohnehin ebenfalls irrelevante — Aeußerung des hierüber zum Zeugniß nicht berufenen Geibel nicht in Betracht kommen kann.

XXI.

Frege u. Comp. zu Leipzig, Kläger
contra
B. H. Goldschmidt dahier, Beklagten.

B. H. Goldschmidt sandte am 17. Juni 1849 per Fuhre an Frege u. Comp. ein versiegeltes Fäßchen mit Rth. 3000

pr. Ct. in Silber und Rth. 1250 in K. A. Als das Fäßchen in Leipzig geöffnet wurde, fanden sich in demselben außer den Kassenanweisungen nur Rth. 500 pr. Ct. in Silber, statt der fehlenden Rth. 2500 aber das entsprechende Gewicht in mehreren Stücken Blei. Auf Klage von Frege u. Comp. auf Zahlung der fehlenden Rth. 2500 legte das Appellationsgericht dem Beklagten B. H. Goldschmidt den Beweis dahin auf, „daß das von ihm am 17. Juni 1849 an den Kläger abgesandte Fäßchen, bei dessen Ablieferung an den Frachtführer, außer dem vom Kläger zugestandenen Inhalt an Geld und Kassenscheine noch weiter Rth. 2500 pr. Ct. in Silber enthalten habe."

Der Beklagte trat den nachgelassenen Beweis durch mehrere Beweismittel an, die aber sämmtlich verworfen wurden bis auf die Eideszuschiebung. Diese war auf zweifache Weise zur Hand genommen, einmal direkt auf die Negative des Beweissatzes gerichtet, dann aber auf Thatsachen, durch welche, ihre Wahrheit vorausgesetzt, ein indirekter Beweis geliefert werden sollte. Die Kläger nahmen den Eid über die Negative des Beweissatzes an und erklärten sich nicht auf den zweiten Eid. Trotz der beklagtischen Appellationen erkannten die drei Instanzen auf den angenommenen Eid über die Negative

das Stadtgericht am 11. Aug. 1852
das Appellationsgericht am 29. Okt. 1852
das Oberappellationsgericht am 17. Mai 1853.

52. Cumulative Eideszuschiebung über eine und dieselbe Thatsache.

Die in der beklagtischen Beweisantretung versuchte cumulative Eidesdelation, einmal über die Negative des Beweissatzes und dann außerdem über zwei Thatsachen, die, wenn eine davon beschworen wird, ebenfalls die Möglichkeit des zum Beweise verstellten Umstandes ausschließen, war an sich unstatthaft, da kein Streittheil das Recht hat, von seinem Gegner zu verlangen, daß dieser über dieselbe Thatsache zwei, dem materiellen Inhalte nach identische Eide schwöre. Wenn daher die vorigen Gerichte, nachdem die Kläger den ersten Eid über die Negative des Beweissatzes acceptirt und in Folge davon bei dem zweiten Eid in ihrer ersten Antwort auf die

Beweisantretung, ohne sich darüber weiter zu erklären, auf dessen Verwerfung angetragen hatten, diese Antwort als genügend angesehen und auf Ableistung des ersten Eides erkannt haben, dabei aber auf den Principalantrag des Beklagten den zweiten Eid als recusirt, daher dessen Inhalt als eingestanden zu betrachten und die Kläger für sachfällig zu erklären, ebensowenig, wie auf sein eventuelles Gesuch eingegangen sind, die Kläger zur Ableistung des von ihnen deferirten zweiten Eides anzuhalten, so hat der Beklagte durchaus keinen Grund, sich über diese Entscheidung zu beschweren. Denn es konnte die unzulässige cumulative Eidesdelation des Beklagten nicht anders, als wäre sie alternativ gemacht, aufgefaßt werden, und so waren die Kläger unbedingt berechtigt, zu wählen, welchen Eid sie leisten wollten und bedurfte es, wenn sie den einen Eid acceptirten, keiner Erklärung über den anderen; wollte man aber gegen den ausdrücklichen Wortlaut der Beweisantretung, sowie im Widerspruch mit der Erklärung des Beklagten annehmen, daß von den beiden Eidesdelationen die eine in einem eventuellen Verhältnisse zu der anderen stehe, so würde auch dann der erste Eid als der **principaliter** deferirte anzusehen sein, so daß Kläger durch dessen Acceptation jeder Verpflichtung überhoben war, sich über den zweiten Eid zu erklären.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung,

4) daß an den, der Klägerin weiter zugeschobenen, von ihr anfänglich **pure** abgelehnten, später jedoch eventuell acceptirten Eid die Folge einer Sachfälligkeit der Klägerin schon darum nicht geknüpft werden kann, weil dieser zweite Eid neben dem ersten in der That unstatthaft erscheint.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

In der Beweisantretung des Beklagten werden der Klägerin unter V. *a* und *b* zwei Eide zugeschoben, von welchen der erste, indem er auf die Negative des Beweissatzes gerichtet ist, wenn er verweigert wird, den Beweis des Beklagten direkt herstellt, der letzte in gleichem Falle indirekt zu demselben Resultate führt. Der Beklagte hat der Klägerin diese Eide nicht alternativ zugeschoben, er verlangt die Ausschwörung beider. Ob das erstere in dem gege-

benen Falle zulässig wäre, kann unter den obwaltenden Umständen dahingestellt bleiben. Zu einer Einlassung auf beide Eide ist die Klägerin aber nicht verpflichtet, da Niemand zur Ableistung des nämlichen Eides zweimal angehalten werden kann. Wenn daher die Klägerin in ihrer Erklärung auf die Beweis-Antretung des Beklagten den ersten der ihr zugeschobenen Eide annimmt, dagegen die Zulässigkeit des zweiten bestreitet, so war dieselbe zu letzterem vollkommen berechtigt und liegt somit eine strafbare Verweigerung dieses Eides mit ihren gesetzlichen Folgen überall nicht vor.

XXII.

Sam. Löwenherz jun. zu Wiesbaden, Kläger contra die Handlung Joh. Phil. Keßler dahier, Beklagte.

Samuel Löwenherz stellte gegen J. Ph. Keßler Klage auf Bezahlung von fl. 669. 42 kr. für erkaufte und empfangene Waaren an. Die Beklagten machten compensando einen Betrag von fl. 471. 43 kr. aus einem Consignationsgeschäfte geltend. Der Kläger replicirte dahin, daß er zwei Sorten Buckskin den Beklagten für ihr Filialgeschäft nach New-York gegeben habe, aber nur unter der Bedingung, daß er nach Abzug aller Spesen und Kosten aus der einen Sorte 10 Schilling, aus der andern Sorte 9 Schilling per Brab. Elle, abzüglich von 12% Sconto, erhalte. Die Beklagten hätten nun die Consignationswaaren unter diesem limitirten Preise verkauft. Es wurde deßhalb dem Kläger der Beweis nachgelassen, daß er mit dem beklagten Theil oder mit dessen Cedenten dahin übereingekommen sei, daß er nach Abzug aller Kosten und Spesen für die Brabanter Elle der näher verzeichneten Commissions-Waaren nicht weniger als 10 resp. 9 Schilling unter Abzug von 12% Sconto zu erhalten habe.

Der Beweis durch einen Zeugen (die anderen Beweismittel geben für den Beweis und den Gegenbeweis kein Ergebniß) angetreten, hatte das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 9. Aug.

1852 zur Folge, in welchem dem Kläger der Erfüllungseid auferlegt wurde. Auf beiderseitige Appellation (Kläger wollte den Beweis als bereits vollständig erbracht angenommen oder eventuell einige Zusätze zu dem zu beschwörenden Beweissatz zugelassen haben) erkannte das Appellationsgericht am 18. Oct. 1852 unter Compensation der Kosten dieser Instanz auf den Erfüllungseid der Beklagten. Auf Oberappellation der Beklagten stellte das Oberappellationsgericht am 19. Mai 1853, unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz, das stadtgerichtliche Urtheil wieder her.

53. Ein früheres Dienstverhältniß des Zeugen zu dem Producenten beeinträchtigt die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht.

Was die Aussage des vernommenen Zeugen betrifft, so ist dieselbe zur Begründung eines halben Beweises wohl geeignet. Denn mit Recht ist der Zeuge in beiden vorigen Instanzen als ein vollkommen glaubwürdiger angenommen worden. Der einzige Einwand, den die Beklagten dagegen erhoben haben, gründet sich auf das frühere Dienstverhältniß des Zeugen zu dem Kläger. Daß der Zeuge bei dem Abschluß des fraglichen Commissionsgeschäftes selbst in irgend einer Weise mitgewirkt habe und darum etwa von einer eigenen Verantwortlichkeit getroffen werden könnte, davon kommt in den Akten nichts vor. Es fragt sich daher nur, ob schon das frühere Dienstverhältniß an sich auf eine besondere Vorliebe oder Anhänglichkeit an den Kläger schließen lasse. Ein solcher Schluß ist jedoch nur beim Hinzukommen besonderer Umstände, wie sie z. B. in der Art und Dauer des Dienstes oder im Fortsetzen einer gewissen Verbindung mit dem früheren Dienstherrn liegen können, gerechtfertigt, und auf einen Fall solcher Art bezieht sich das Hamburger Präjudicat, worauf sich die Beklagten berufen,

Warburg und Maier c. Dr. Lohr m. n. 1844

sowie ein früheres Präjudicat in einer Frankfurter Sache

Wertheimber c. Kulp 1836.

Liegen dagegen dergleichen Umstände nicht vor, so kann das Dienstverhältniß eines Handlungsgehülfen keinen Grund abgeben, noch nach Auflösung desselben eine Befangenheit zu Gunsten des ehe-

maligen Principals vorauszusetzen, auch hat für diesen Fall das Oberappellationsgericht in einer Frankfurter Sache

Hümmer c. Schott 1848

die volle Glaubwürdigkeit des Zeugnisses angenommen, wie denn in der gemeinrechtlichen Doctrin selbst entlassene Dienstboten als vollgültige Zeugen für ihre ehemalige Herrschaft anerkannt werden, Glück Commentar Bd. 22. p. 159. Bayer Vorträge p. 351.

54. Die Ableistung eines richterl. Eides übt keinen Einfluß auf Erstattung der Prozeßkosten.

Die Ableistung eines richterlichen Eides, kann, wie die Beklagten durch ihre Anträge gegen den Kläger selbst anerkannt haben, nicht als erheblicher Grund betrachtet werden, den unterliegenden Theil von Erstattung der Prozeßkosten zu befreien.

Vgl. Frankfurter Präjudic. Wertheimber c. Kulp 1837.

XXIII.

Der städt'sche Fiscus resp. die hiesige Stadtkämmerei, Klägerin

contra

die Wittwe Anna Sibylla Nagel, geb. Heymann und deren Kinder dahier, Beklagte.

Die Beklagten hatten durch rechtskräftiges Interlocut des Stadtgerichts vom 7. Jan. 1848 in alternativer Verbindung mit einem anderen, jetzt nicht in Betracht kommenden Satz zu erweisen, „daß sie durch den im Sommer 1844 stattgefundenen Verkauf des Wingerts Gew. III Nr. 1 zu dem Preise von fl. 900 über die Hälfte des damaligen wahren Werthes des fraglichen Grundstücks verletzt worden sind.“ Dieser Beweis wurde durch Sachverständige angetreten. Nachdem nun der eine den Werth des Grundstückes auf fl. 3826. 24 kr., zwei andere den Werth mit fl. 1259. 22½ kr. angegeben hatten, erkannte das Stadtgericht am 7. Nov. 1851 unter Aufhebung des Aktenschlusses und Verwerfung dieser Taxationen auf eine neue Expertise.

Auf beiderseitige Appellation und Antrag der Aktenversendung von Seiten der Klägerin erkannte das Spruchcollegium zu Berlin am 18. Juni 1852 abändernd, verwies die Sache an das Stadtgericht, damit auf das geschlossene Beweisverfahren nach der Aktenlage, insbesondere auf die Gutachten der Sachverständigen ohne neue Taxation in der Sache endlich erkannt werde, was Rechtens. Das Oberappellationsgericht stellte auf Oberappellation der Beklagten am 30. Juni 1853 das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her.

55. Wiederholung der Expertise.

Es ist nicht stattnehmig, daß der Richter in einem Falle, wo der Beweis durch sachverständige Taxatoren geführt ward, wo es sich also nicht um die Beurtheilung eines Gutachtens von Sachverständigen als Gehülfen des Richters, sondern um die Beurtheilung eines von den Partheien ausgegangenen Beweismittels handelt, denjenigen Taxen den Vorzug gebe, welche ihm auf die besseren Gründe gestützt zu sein scheinen. Vielmehr hat derselbe in einem solchen Falle, wie das Oberappellationsgericht schon früher erkannt hat,

> Frankf. S. von Rothschild c. Burnitz, 30. Juni 1851 p. 13.

der Regel nach die Durchschnittssumme aus den verschiedenen Taxationen als den wahren Sachwerth anzusehen. — — — Wohl aber muß eine Ausnahme von dieser Regel alsdann zugelassen werden, wenn aus der großen Verschiedenheit der von den Taxatoren angegebenen Preise sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ergibt, daß eine derselben auf Irrthum, mangelnder Sachkenntniß oder Befangenheit beruhen müsse. In einem derartigen Fall ist nicht das eine oder das andere der Gutachten zur Basis der Beurtheilung zu nehmen, sondern die ganze Taxation bei Seite zu setzen und an deren Stelle eine neue zu verfügen, wie solches auch von dem Oberappellationsgericht schon früher

> in Sachen Taunus-Eisenbahn c. v. Holzhausen 17. Juli 1843

erkannt worden ist. Das stadtgerichtliche Erkenntniß war um

so mehr wieder herzustellen, als der eben dargestellte Inhalt des gemeinen Rechtes für den besondern Fall einer Expropriation durch das Gesetz vom 22. Juni 1847 § 35 eine Bestätigung erhalten hat.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß

5. bei der großen Verschiedenheit zwischen den vorliegenden Taxationen ein Durchschnittspreis als dem eigentlichen Werthe angemessen nicht angenommen werden kann, vielmehr vorausgesetzt werden muß, daß auf einer oder der anderen Seite ein Irrthum obwalte; daß aber

6. weder ausgemittelt, noch aus den Umständen und namentlich aus der Uebereinstimmung der beiden Taxatoren die unzweifelhafte Folge zu ziehen ist, auf welcher Seite dieser Irrthum vorhanden sei, und daß daher

7. nichts übrig bleibt, als die beiden Taxationen zu verwerfen.

Die zweite Instanz erkannte:

— — Wenn nun der Vorderrichter die beiden vorliegenden Gutachten wegen eines vorausgesetzten versteckten Irrthums zu verwerfen keinen Anlaß hatte, so fragt sich, was in der Sache ferner zu thun war, bezüglich jetzt zu thun ist. In dieser Hinsicht kann die von dem Vorderrichter beschlossene Abschätzung durch neue Sachverständige weder als rechtlich begründet, noch als zweckmäßig erachtet werden. Letzteres nicht, weil auch von einer neuen Abschätzung kein entscheidenderer Erfolg schlechthin zu erwarten steht. Rechtlich aber würde eine derartige Maßregel nur bei gänzlicher formeller oder materieller Untauglichkeit der eingezogenen Gutachten zu rechtfertigen sein. — — — Unpassend würde es sein, aus den vorliegenden Gutachten einen Durchschnittspreis zu ziehen. Denn abgesehen von prozessualischen Bedenken kann jene Methode nur da ihre Anwendung finden, wo eine principielle Divergenz unter den verschiedenen Taxen nicht besteht, zumeist da, wo es sich um den Kaufwerth von marktgängigen Waaren handelt. Hier wird der mittlere Preis, besonders bei Abschätzung mehrerer solcher Sachen, dem zu erlangenden oder zu erlangen gewesenen Kaufwerth ziemlich nahe kommen und Eines im Anderen sich ausgleichen. Durchaus unsicher aber wird die Methode, wenn

man sie anwendet auf Sachen, die nicht dem täglichen Marktverkehr angehören, wo ferner sehr verschiedene Momente auf die Preisbestimmung einwirken und die Sachverständigen über diese selbst nicht einig sind. Mögen auch viele neuere Enteignungs- und Ablösungsgesetze dergleichen durchschnittliche Abschätzungen gut heißen und verordnen, so ist doch solches nicht maßgebend für einen Fall der vorliegenden Art, welcher lediglich nach gemeinem Civilrecht und nach sicherer rechtlicher Ueberzeugung entschieden werden muß.

XXIV.

Christian Gerold dahier, Kläger
contra
Joseph Aloys Pillot dahier, Beklagten.

Das Appellationsgericht normirte unter den streitenden Theilen am 7. April 1851 (bestätigt durch oberappellationsgerichtliches Erkenntniß vom 1. Dec. 1851) den Beweis für den Kläger dahin:

1. daß er im Dec. 1846 in Auftrag des Beklagten die Herren Herold und Ulrich in Trinidat beauftragt habe, dem Sohne des Beklagten zu seiner, des Kläger's Belastung, Zahlungen zu leisten;

2. daß der Auftrag des Beklagten an ihn, den Kläger, rücksichtlich der zu zahlenden Summe nicht limitirt gewesen sei.

Der Kläger trat diese Beweise durch einen von ihm geschriebenen Brief [18] act. an, brachte vor, daß aus den und den Thatsachen die Vermuthung sich ergebe, daß Beklagter diesen Brief genehmigt habe, erbot sich zum Erfüllungseid und schob eventuell dem Beklagten, resp. da derselbe im Laufe des Prozesses gestorben war, dessen Wittwe den Schiedseid darüber zu, daß der Kläger den Brief [18] dem Beklagten vorgelesen und dieser dessen Inhalt genehmigt habe.

Das Stadtgericht erkannte am 24. Dec. 1852.

I. Würde die Wittwe ꝛc. eidlich erhärten, daß sie nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht wisse und nicht glaube, daß

der Kläger eine Abschrift des Briefes [18] act. bis zu den Worten „Seit wir uns zuletzt geschrieben haben" ihrem Ehemann vorgelesen und dieser deren Inhalt vollständig genehmigt habe,

so ist der dem Kläger auferlegte Beweis verfehlt und wird Kläger mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen.

Auf Appellation des Klägers legte das Appellationsgericht am 22. Nov. 1852 dem Kläger den Erfüllungseid auf.

Auf Oberappellation des Beklagten wurde am 30. Juni 1853 vom Oberappellationsgericht das stadtgerichtliche Urtheil wieder hergestellt.

56. Juramentum decisorium.

(Vergl. Nr. 37.)

Der dem Kläger vom Appellationsgerichte zuerkannte Eid ist in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses, unter Bezugnahme auf die

Ref. 1 Tit. 39 § 8

als **juramentum decisorium** bezeichnet worden. Nach den Worten der gedachten Gesetzesstelle gewinnt es auch, wie das Oberappellationsgericht bereits in einer früheren Rechtssache

Forstamt c. Clauer 1841

ausgesprochen hat, den Anschein, daß unter jenem Ausdruck eine besondere Unterart des richterlichen Eides hat verstanden werden sollen. Die Frage, wie sich dieses **juramentum decisorium** von dem gewöhnlichen Erfüllungseide unterscheide, und ob es nicht namentlich auf den Fall zu beschränken sei, wo eine Collision zwischen geführtem Beweis und Gegenbeweis zu lösen ist, kann indessen dahingestellt bleiben; denn jedenfalls ist nach der angeführten Stelle der Reformation soviel klar, daß der Eid nur einer Parthei zuerkannt werden kann, welche starke Anzeigen oder Vermuthungen für sich hat. Im vorliegenden Fall aber muß angenommen werden, daß für den jetzt fraglichen Theil des Beweissatzes erhebliche Beweisgründe gar nicht gebracht sind, so daß es ebensowohl für das **juramentum suppletorium**, als **decisorium** an der nöthigen Voraussetzung fehlt.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung,

1. daß die Genehmigung des Briefes [18] act. von Seiten des ursprünglichen Beklagten dasjenige herzustellen geeignet sein würde, was dem Kläger sub 1 und 2 des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 7. April 1851 zu beweisen nachgelassen worden und die Zulässigkeit des dem beklagten Theil deßfalls deferirten Eides keinem Anstand unterliegt.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

Bei dem juramentum decisorium, welches in dem vorliegenden Falle zur Anwendung zu bringen ist, soll nach Ref. I. T. 39. § 8 vorzugsweise derjenigen Parthei der Eid auferlegt werden, welche die stärksten Vermuthungen für sich und der Sachen am besten Wissenschaft hat. Das erstere ist nach dem Vorbemerkten bei dem Kläger der Fall und auch das letztere muß jetzt für denselben in Anspruch genommen werden, nachdem an die Stelle des ursprünglichen Beklagten die Erben desselben getreten sind.

XXV.

Christian David St.'sche Eheleute dahier, Kläger

contra

Wilhelm. Pauline B. geb. Fr. und Charl. Wilhelmine M. geb. N. dahier, Beklagte.

Das Haus Lit. F. Nr. 186 fiel den beiden Beklagten in einer Insatzklage am 3. April 1849 zu und wurde am 21. Aug. 1849 den jetzigen Klägern verkauft. Im Jahr 1851 erhob ein Nachbar Klage gegen die St.'sche Eheleute auf Anerkennung der Servitut, das fragliche Haus als Durchgang benutzen zu dürfen, und erlangte auch Anerkennung der Servitut.

Kläger richteten nun eine Klage gegen die beklagten Verkäufer auf eine Entschädigung von fl. 1000 wegen Minderwerth, sowie auf Ersatz der in dem Prozesse gegen den Nachbarn entstandenen Prozeßkosten.

Die Klage ist darauf gegründet, daß die Beklagten in dem Kaufbrief die Servitut nicht angezeigt, sondern sogar Freiheit

von allen Lasten zugesichert hätten, und eventuell, daß die Servitut von den Beklagten wissentlich verschwiegen worden sei.

Die Beklagten haben dawider geltend gemacht:

1. daß, während sie selbst beim Verkauf des Hauses von der fraglichen Servitut nichts gewußt hätten, dieselbe den Klägern vollkommen bekannt gewesen sei;

2. daß sie durch den nach geleisteter Währschaft erfolgten Ablauf von Jahr und Tag von jeder Evictionspflicht befreit seien.

Das Stadtgericht erkannte am 1. Nov. 1852:

Werden Kläger mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und zum Ersatze der den Beklagten entstandenen Kosten verurtheilt, sie würden denn binnen 14 Tagen beweisen, daß die Beklagten von der in Frage stehenden Servitut zur Zeit des Vertragsabschlusses Kenntniß gehabt haben; den Beklagten bleibt innerhalb gleicher Frist der Gegenbeweis im Allgemeinen und namentlich dahin vorbehalten, daß Kläger zur Zeit des Vertragsabschlusses von der Servitut ebenfalls Kenntniß gehabt haben, und hiernach soll weitere Verfügung ergehen.

Auf Appellation der Kläger erkannte das Appellationsgericht am 24. Jan. 1853 unter Compensation der Kosten abändernd, daß Kläger mit der angestellten Entschädigungsklage nicht abzuweisen, vielmehr Beklagte schuldig seien, den Klägern nicht allein denjenigen Minderwerth zu ersetzen, welchen das Haus Lit. F. Nr. 186 durch die bestehende Durchgangsdienstbarkeit erweislicher Maßen hat, sondern demselben auch die durch den Rechtsstreit der St.'schen Eheleute gegen den Nachbar entstandenen Kosten zu ersetzen, sie könnten denn binnen vorzuberaumender Frist erweisen, daß Kläger bei Abschluß des Kaufvertrags von der bestehenden Dienstbarkeit Kenntniß gehabt haben.

Auf Oberappellation der Beklagten stellte das Oberappellationsgericht am 16. Juli 1853 unter Compensation der Kosten dieser Instanz das stadtgerichtliche Urtheil vom 1. Nov. 1852 wieder her.

57. Verjährung von Jahr und Tag bei der Eviction.

Was die Beurtheilung der Einrede der Annualverjährung anbetrifft, so darf es zwar nach der Verordnung über die gerichtlichen Transscriptionen vom 16. März 1820 Art. 19 und nach dem Inhalte der im Jahre 1824 neu eingeführten Formulare der Währschaftsbriefe (Frank geschichtliche Darstellung des Währschaftswesens S. 56 u. f.) als ausgemacht gelten, daß der von Alters her auch in Frankfurt in Uebung gewesene deutsche Rechtssatz, nach welchem der Verkäufer eines Grundstücks den Käufer des Verkaufs halber nur Jahr und Tag nach erfolgter gerichtlicher Auflassung gegen Ansprüche Dritter zu vertreten und schadlos zu halten braucht (Orth Anmerk. zur Reform. Th. II. Tit. 3. § 7 p. 316 ff.), noch jetzt in Frankfurt Anwendung findet, obgleich der Grund des älteren Rechts, auf dem jener Rechtssatz ruht, daß nämlich der Käufer eines Grundstücks seinerseits mit dem Ablauf von Jahr und Tag nach erfolgter Auflassung den Ansprüchen Dritter auf das Eigenthum des erkauften Guts in der Regel nicht mehr ausgesetzt war, mit der Oeffentlichkeit der Verlassungen nothwendig hat hinwegfallen müssen. Indessen ist es aber bei der Singularität dieses Rechts unzulässig, dasselbe über den Wortlaut der Währschaftsbriefe, welche in Uebereinstimmung mit dem ältern Rechte nur von einer Vertretung gegen Ansprüche auf das Eigenthum des verkauften Grundstücks gehen, hinaus, und namentlich auf die Vertretungspflicht wegen nicht angezeigter oder gar als nicht vorhanden angegebener Passivservituten auszudehnen, insofern hierfür nicht ein bestimmtes Gesetz oder eine entschiedene rechtliche Gewohnheit vorhanden sein sollte. Eine solche Gewohnheit haben aber die Beklagten nicht zu behaupten vermocht, und ein Gesetz dafür findet sich eben so wenig, indem die Bestimmung der Reformation II. 10. § 1 der Beschränkung der Evictionspflicht auf Jahr und Tag gar nicht gedenkt, und überdies, wie gleich näher vorkommen wird, unter den dort erwähnten, beim Verkauf nicht angezeigten „Beschwerungen" passive Realservituten nicht zu verstehen sind.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß

1) in dem vorliegenden Falle die gesetzliche Währschaft des in Frage stehenden Hauses schon Jahr und Tag vor Anstellung der Klage geleistet, resp. empfangen worden ist;

2) aus Art. 19 der Verordnung über die gerichtl. Transscriptionen u. s. w. vom 16. März 1820 sich ergibt, daß bei einem durch gerichtliche Währschaft überlieferten Gute die Verjährung der Evictionsverbindlichkeit schon binnen Jahr und Tag vollendet ist;

3) die Evictionsverbindlichkeit nach Ref. Th. II. Tit. 10. § 1 auch dann eintritt, wenn auf dem verkauften Grundstück Realservituten lasten, von welchen bei dem Verkaufe keine Anzeige geschehen ist;

4) ein Grund, die in dem angezogenen Art. 19 allgemein erwähnte Verjährung der Evictionsverbindlichkeit auf den Fall der Entziehung des Eigenthums zu beschränken nicht ersichtlich ist. —

Das Appellationsgericht erkannte:

Abgesehen davon, daß die Stadtreformation dieser Verjährung von Jahr und Tag nirgends, auch das Gesetz vom 16. März 1820 solcher nur nebenbei erwähnt und keine Bestimmung über den Anfangstermin der Verjährung enthält, kommt es im vorliegenden Fall auf den Anfangstermin nicht an, da nicht das Eigenthum des verkauften Hauses von einem Dritten angesprochen wird — als von welchem Fall die in den Währbriefen vorkommende Clausel, „daß die Verkäufer dieses Verkaufes halber die Käufer und deren Erben gegen Jedermanns Ansprüche Jahr und Tag nach der Stadt Frankfurt Recht und Gewohnheit vertreten und schadlos halten wollen", allein zu verstehen sind —, sondern von einem Dritten eine Servitut des Durchgangs verlangt wird, welche nach den Akten auch besteht, die Klage auch nicht auf Rescission des Kaufvertrags, sondern auf Ersatz des Minderwerths, welchen das Haus durch die bestehende Servitut erleidet, gerichtet ist.

58. Bedeutung des Wortes „Lasten" in Kaufbriefen.

Eine bestimmte Zusicherung, daß das verkaufte Haus von allen Servituten frei sei, findet sich in dem Kaufbriefe über dasselbe

nicht. Denn wenn es darin unter I heißt, daß auf der Behausung außer einem jährlichen Laternengelde von fl. 3 und Brunnengelde, sowie fl. 1. 30 kr. an die geistliche Güter-Administration keine weitere Lasten haften, so können unter den weiteren Lasten nur andere von derselben Art, wie die vorher aufgeführten, also auf dem Hause haftende Geldleistungen gemeint sein, zumal in den Währschaftsbriefen gerade diese, sowie die auf den Häusern haftenden Insätze mit dem Ausdruck „Lasten" bezeichnet werden

Acta adjuncta H. c. St. Nr. 2

und es überdies kaum denkbar ist, daß die Beklagten, welche das Haus wenige Tage, nachdem es ihnen in einer Zwangsversteigerung zugefallen war, wieder verkauft haben, dessen Verhältnisse also schwerlich genau kennen konnten, mit jenen Worten eine Freiheit von allen und jeden Servituten, welche namentlich in Frankfurt so häufig vorkommen, haben zusichern wollen, und noch dazu aus freien Stücken, indem die Kläger gar nicht behaupten, daß sie beim fraglichen Kaufe eine Freiheit von Servituten sich besonders ausbedungen hätten.

59. Haftet der Verkäufer eines Grundstückes für Realservituten, von denen keine Anzeige gemacht worden ist?

Es fragt sich also, ob den Klägern bloß deßwegen, weil in dem Kaufbriefe der Servituten keiner Erwähnung geschehen, auch wenn die Beklagten von denselben keine Wissenschaft hatten, ein Entschädigungsanspruch zustehe. Nun ist, soviel

a. das gemeine Recht betrifft, die Meinung älterer Juristen freilich dahin gegangen, daß in einem solchen Falle der Käufer, zwar nicht für das volle id quod interest, aber doch für dasjenige haften müsse, was der Käufer erweislich für das gekaufte Grundstück wegen der darauf haftenden Servituten weniger, als was dafür bezahlt worden, gegeben haben würde, cf. die bei

v. Vangerow Lehrbuch der Pandekten Bd. V Cap. 2. § 610 Note 3

citirten und außerdem unter andern

Struvii Syntagma Exercit. XXIII thes. 109. Brunnemann Comment. ad Pand. ad L. 25 de act. emt. L. 61. de aedilit. edict. L. 59. de contrah. emt. L. 75 de evict. Schilter praxis forensis Exercit. XXX. § 74. Berger Oeconom jur. L. III T. 5. § 15. not. 4

— eine Meinung, die in neuerer Zeit besonders in

Neustetel und Zimmern römisch-rechtlichen Untersuchungen S. 216 u. flg.

aus den Quellen zu begründen versucht worden ist, und auch in früheren Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichts beiläufig Billigung gefunden hat, z. B. in Sachen

J. J. Becker c. Pilgram Erben 1844.

Allein das richtigere Verständniß der hauptsächlich hier in Betracht kommenden Stellen L. 59. L. 66 pr. D. de contrah. emt. L. 75. D. de eviction. führt nach den, besonders bei

v. Vangerow a. a. O. Müller Eviction Bd. I pag. 186 bis 227

sich findenden Erörterungen dahin, es für die wahre Meinung des römischen Rechts, der anscheinend entgegenstehenden L. 61. D. de aedilit. edicto ungeachtet, zu erklären, daß in dem obgedachten Falle der Verkäufer überall nicht hafte; eine Meinung, die denn auch nicht nur in älterer Zeit von bedeutenden Autoritäten vertreten ist s. v. Vangerow a. a. O., sondern für welche sich auch neuerdings die angesehensten Rechtslehrer erklärt haben

Schweppe Röm. Priv. Recht. § 443. Thibaut System § 485. Mühlenbruch Pandekten § 400. Göschen Vorlesungen Bd. 3. S. 96. Seuffert Pandekten § 271 b. Arndts Pandekten § 303 Not. 2

Was aber

b. das Frankfurtische Particularrecht betrifft, so läßt sich allerdings der Zweifel erheben, ob nicht in der Reform. II. 10. § 1. diejenige Ansicht, welche nach dem Obigen in älterer Zeit die vorherrschende war, eine Sanction erhalten habe, indem hier der Verkäufer auch dann ganz unbedingt für evictionspflichtig erklärt ist,

wenn „noch andere mehr Zins oder Beschwerungen, dann im Verkauf angezeigt worden," auf dem verkauften Gute stehen sollten. Souchay Anmerkungen zu der Reform. Th. 1. S. 237. 238.

Indessen ergibt nicht nur die Vergleichung mit andern Stellen der Reformation

II. 3. §. 17. 18.

daß dieselbe unter Beschwerungen etwas Anderes, als passive Realservituten versteht, sondern es erhellt aus der Bestimmung der Reformation II. 3. § 11, besonders wenn man sie mit der entsprechenden Vorschrift des Solmser Landrechts Th. 2. Tit. 11. § 5 verbindet,

vergl. auch Landrecht des Erzbisthums Trier Tit 18 § 5.

daß im § 1 cit. mit den „Beschwerungen" Pfandschaften oder Einsätze gemeint sind, wie denn auch Orth in seinen Anmerkungen darunter nur solche Lasten des verkauften Grundstücks versteht. Orth, Anmerk. pag. 316, u. f., 352 u. f. Erste Forts. pag. 40.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung,

5. daß die Klage jedenfalls abzuweisen ist, wenn nicht, wie vom Kläger behauptet worden, eine arglistige Verheimlichung der Servitut von Seiten der Beklagten sollte stattgefunden haben, was jedoch nicht der Fall wäre, wenn auch die Kläger von der Servitut gewußt hätten.

Das Appellationsgericht erkannte:

Zu dem Ersatz des Minderwerths, welchen das Haus durch die bestehende Servitut erleidet, sind die Beklagten schon nach L. 6, D. de aedil. ed. (21, 1) verpflichtet, wenn sie nicht zu erweisen vermögen, daß Kläger bei Abschluß des Kaufvertrags von dem Bestehen der Servitut Kenntniß gehabt haben.

XXVI.

J. L. Gräser dahier, Kläger
contra
Robert Stauffer Sohn u. Comp. zu la Chaux de Fonds, Beklagte.

Dem Kläger war rechtskräftig der Beweis nachgelassen worden, daß er den Beklagten die bei Schlesinger Eidam gegen zwei Rimessen auf de Neufville Mertens und Comp. erhobenen Uhren für fl. 9232. 54 kr. verkauft habe. Der Kläger trat diesen Beweis durch ein, „Journal oder Verkaufsbuch" bezeichnetes Buch an und erbot sich zum Erfüllungseid und deferirte eventuell den Schiedseid. Das Stadtgericht erkannte nun, ohne vorher auf die Verhandlungen der Partheien Aktenschluß zu erkennen, am 10. Nov. 1852, daß, falls die Beklagten den fraglichen Schiedseid leisten würden, der Kläger mit seiner Klage ab- und zur Ruhe gewiesen würde. Dieses Erkenntniß wurde auf beiderseitige Appellation vom Appellationsgericht am 31. Jan. 1853 mit der Abänderung bestätigt, daß den Beklagten unverwehrt sei, den ihnen durch Erkenntniß des Stadtgerichts vom 26. April 1839 vorbehaltenen Gegenbeweis vor dem zur Eidesleistung demnächst anzuberaumenden Termin zur Gewissensvertretung annoch anzutreten und je nach dem Ergebniß dieser Gegenbeweisführung zu dem zugeschobenen Eide wieder zurückzukehren.

Auf Oberappellation des Klägers wurde dieses Urtheil am 20. Juli 1853 vom Oberappellationsgericht bestätigt, auch wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels der Kläger in eine Strafe von 10 Thlr., dessen Anwalt in eine Strafe von 25 Thlr. genommen.

60. Frist zur Antretung des direkten Gegenbeweises.

Der direkte Gegenbeweis ist in vorliegendem Falle den Beklagten in dem Beweisinterlocute vom 26. April 1839 ausdrücklich

reservirt, zu dessen Antretung den Beklagten aber vom Stadtgericht keine Frist vorberaumt worden.

Nun findet freilich nach Frankfurter Recht, wie es in der Verordnung vom 7. Nov. 1848 galt und nach welcher vom Stadtgerichte in dieser Sache verfahren ist, dem gemeinen Prozeß gemäß ein Recht zur Antretung des direkten Gegenbeweises, auch wenn keine Präclusivfrist für denselben anberaumt ist, nicht mehr statt, wenn der Produkt es zum Aktenschlusse kommen läßt, ohne von seinem Rechte Gebrauch zu machen, wie vom Oberappellationsgericht bereits wiederholt ausgesprochen ist,

Moselli c. Biebinger 1829
Maas c. Martens 1832
Wertheimber c. Kulp 1836.
Wertheimber c. Penco 1838.
Rühl Erben c. Rühl Wittwe 1846.

Allein in gegenwärtiger Sache hat das Stadtgericht — ganz gegen seinen Gebrauch ohne den Partheien zuvor per decretum anzuzeigen, daß die Akten für geschlossen angenommen würden, ohne Weiteres am 10. Nov. das Erkenntniß abgegeben, während die Beklagten sogar wohl darauf rechnen durften, daß nach erlangter Einsicht auch von dem zweiten Handlungsbuche des Klägers eine weitere Verhandlung über dasselbe ihnen nicht werde abgeschnitten werden. Folglich haben die vorigen Richter die Beklagten mit Recht noch mit dem Gegenbeweise admittirt.

XXVII.

Johann Gerhard Henrich dahier, Kläger

contra

Joh. Adam Kurzrock und dessen Ehefrau Jakobine, geb. Höhner dahier, Beklagte.

Henrich hat durch rechtskräftiges Beweisinterlocut vom 9. Febr. 1852 zu beweisen, „daß bei der am 4. Nov. 1851 statt-

gehabten Versteigerung einiger Grundstücke Kurzrock ihm versprochen habe, zu gestatten, daß Henrich in die (auf denselben befindliche) Brandmauer so viel Zuglöcher anbringe, als erforderlich seien, um den an dieser Mauer befindlichen Kühlschiffen des H. ein gehöriges Maß von kalter Luft zuzuführen".

In Folge der mit Zeugen geschehenen Beweisführung wurde dem Kläger der Erfüllungseid auferlegt (trotz der Appellationen des Beklagten)

vom Stadtgericht am 20. Oct. 1852,
vom Appellationsgericht am 7. Jan. 1853,
vom Oberappellationsgericht am 19. Sept. 1853.

61. Bestimmung der Mehrheit, wenn die Zusage auf eine bloße Mehrheit gerichtet ist.

Der Einwand, daß wenn eine Zusage auf eine Mehrheit ohne nähere Bestimmung gerichtet ist, hierunter im Zweifel die Zahl zwei zu verstehen sei, läßt sich hier nicht erheben. Denn, wenn auch dieser Satz für eine Mehrheit von Zeitabschnitten, nach deren Verlauf eine Verbindlichkeit zu erfüllen ist, gelten sollte (**L. 17 § 3 D. de manumiss. test. (40,4). L. 217 §. 1 D. de verb. sign.**), so kann derselbe doch, ganz abgesehen davon, ob er ohne Weiteres auf eine Mehrheit von Gegenständen einer Zusage analog angewendet werden dürfte, jedenfalls da nicht maßgebend sein, wo wie hier, die nähere Bestimmung der Mehrheit schon aus den Umständen selbst genügend hervorgeht.

XXVIII.

Margaretha Rapp Wittwe, vorher verehelichte Dauth, geb. Fliedner und Johann Konrad Fliedner dahier, Kläger und Widerbeklagte
contra
die Intestaterben von Philipp Breckheimer dahier, Beklagte und Widerkläger.

Die Nothfrist der von Seiten der Widerkläger ausgeführten Oberappellation war desert und das Oberappellationsgericht erließ am 23. Sept. 1853 ein Restitutionserkenntniß.

XXIX.

R. zu Aschaffenburg, Klägerin und Widerbeklagte
contra
H. dahier, Beklagten und Widerkläger.

Das Kreis- und Stadtgericht zu Bamberg erkannte am 29. Mai 1835 auf Klage der R., daß H. schuldig sei, der R. pro defloratione Entschädigung zu leisten. Dieses rechtskräftige Erkenntniß gab Veranlassung, daß H., der inzwischen seinen Wohnort nach Frankfurt verlegt hatte, im Jahre 1841 bei den hiesigen Gerichten mit einer Klage belangt wurde, um die Größe dieser Entschädigung gerichtlich festsetzen zu lassen. Am 24. Sept. 1841 erging auch die Verurtheilung des H. dahin, daß er mit fl. 30 pro defloratione die R. zu entschädigen habe, insofern diese noch juratorische Caution für die Prozeßkosten leisten würde. R. leistete diese Caution nicht und wurde am 17. Jan. 1842 deßhalb mit ihrer Klage angebrachter Maßen abgewiesen. Denselben Erfolg hatten andere gerichtliche Schritte, die R. theils bei den hiesigen, theils bei den bayerischen Gerichten unternahm, um die Dotation möglichst hoch bestimmt zu sehen.

Noch zu bemerken ist, daß R. im Jahr 1837 von einem Dritten abermals ein außereheliches Kind geboren hatte. Als nun H. sich im Jahr 1851 verehelichen wollte, erhob R. Einspruch gegen den Ehevollzug des H. und verlangte eventuell eine Entschädigung von fl. 2000. Da das Stadtgericht unter dem 2. April 1851 das Consistorium ersuchte, dem fraglichen Ehevollzug Anstand zu geben, hinterlegte H. am 4. April 1851 die von dem Stadtgericht angesetzte Caution von fl. 2100 und erlangte Aufhebung des Eheverbots. Der nunmehr weiter verfolgten Klage auf richterliche Festsetzung der Größe der Entschädigung pro defloratione setzte H. eine Widerklage entgegen:

1. auf Bezahlung einer Summe von fl. 17, die Beklagter der Klägerin zur Bezahlung ihres früheren Anwalts behändigt, die letztere aber unterschlagen hätte, weßhalb sie von dem Beklagten noch einmal hätten bezahlt werden müssen.

2. auf Bezahlung dreier Posten Prozeßkosten, zu deren Ersatze Klägerin durch frivoles Streiten gegen den Beklagten am 17. Jan. 1842 und 30. Jan. 1847 vom hiesigen Stadtgericht und am 15. Juni 1849 in Bamberg verurtheilt worden war.

Das Stadtgericht erkannte nun am 10. Dec. 1852:

II. Es stehen folgende Ansprüche fest:

1. der Anspruch der Klägerin pro defloratione mit fl. 30;

2. der Anspruch des Beklagten und Widerklägers

a. wegen Rückerstattung von fl. 17;

b. und *c.* wegen Rückerstattung der obenerwähnten Prozeßkosten.

III. Klägerin hat binnen 14 tägiger Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun, „daß der Beklagte ihr die Ehe versprochen habe", in welchem Falle der ihr zuerkannte Betrag pro defloratione auf fl. 200 erhöht werden soll.

IV. Beklagter und Widerkläger hat binnen gleicher Frist die Feststellung der Kosten unter II. b. c. oben zu bewirken und dahier nachzuweisen. Demnächst soll in der Hauptsache, sowie der Kosten wegen weitere Verfügung erfolgen.

Auf beiderseitige Appellation wurde vom Appellationsgericht am 13. April 1853, unter Compensation der Kosten, die

Klägerin mit ihrer auf Dotation gerichteten Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und die Rückgabe der von dem Beklagten geleisteten Caution von fl. 2000 verordnet (Es fällt also **passus** III. des stadtgerichtlichen Urtheils aus.)

Auf Oberappellation der Klägerin erhöhte das Oberappellationsgericht am 30. Sept. 1853 die Entschädigung **pro defloratione** von fl. 30 auf fl. 50 und ließ dem Beklagten in Bezug auf II. 2 a oben noch den Beweis nach, daß er der Klägerin fl. 17 oder wie viel weniger, mit dem Auftrage die Deservitenrechnung ihres früheren Anwalts F. zu Bamberg zu berichtigen, behändigt und Klägerin diese Summe oder wie viel weniger an F. nicht abgeliefert habe.

62. Rechtskraft eines bedingten Urtheils **conditione deficiente.**

Der Beklagte hat nun zwar sämmtliche Ansprüche der Klägerin mit Unrecht durch die Behauptung zu beseitigen versucht, daß der in dem Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Bamberg vom 29. Mai 1835 der Klägerin **pro defloratione** vorbehaltene Anspruch bereits auf fl. 30 rechtskräftig festgestellt sei. Denn eine derartige Feststellung hat in dem Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Frankfurt vom 24. September 1841 nur bedingterweise stattgefunden, die Bedingung aber, daß Klägerin die ihr vorgeschriebene Caution leiste, ist nicht eingetreten und jene demgemäß am 17. Januar 1843 mit der erhobenen Klage angebrachtermaßen abgewiesen.

Durch diese Entscheidung ist der unter Nr. 2 ersichtliche Inhalt des Erkenntnisses vom 24. September aufgehoben, dessen Rechtskraft mithin beseitigt worden.

Das Stadtgericht erkannte:

Was die Hauptsache betrifft, so ist der Beklagte bereits durch Erkenntniß vom 24. Sept. 1841 verurtheilt gewesen, die Klägerin mit fl. 30 **pro defloratione** zu entschädigen, insofern sie noch juratorische Caution für die Prozeßkosten leisten würde. Durch Nichtbefolgung dieser Auflage von Seiten der Klägerin ist jenes Erkenntniß unwirksam geworden.

63. Entschädigung pro defloratione ex judicati actione.

Anlangend die Natur der gegenwärtig von der Klägerin angestellten Klage, so ist solche von ihr selbst mehrfach als **judicati actio** aus dem obgedachten Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Bamberg bezeichnet worden. Geht man hiervon aus, so vermeint zwar die Klägerin, es lasse sich aus solchem, aus dem früheren Erkenntniß vom 15. Juli 1834 und den, beiden Urtheilen beigefügten Gründen nicht ersehen, ob in ihrer bei dem bayerischen Gerichte erhobenen Klage auch des Eheversprechens Erwähnung geschehen sei. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Vielmehr ergibt sich aus gedachten Urtheilen nebst Gründen, daß die Klägerin damals einfach auf Entschädigung für die ihr entzogene jungfräuliche Ehre geklagt habe, eine Auffassung, die auch durch die spätere, bei dem Kreis- und Stadtgericht zu Aschaffenburg von der Klägerin formirten Depositionen unterstützt wird. Hiernach muß es schon an sich zweifelhaft erscheinen, ob die Klägerin jetzt noch befugt sei, bei Ausmessung des für die Defloration ihr zustehenden Anspruchs den Umstand geltend zu machen, daß sie durch ein, dem Beischlaf vorhergegangenes Eheversprechen zu solchem verführt sei. Jedenfalls aber erscheint die Geltendmachung dieses Umstandes gegenwärtig um deßwillen nicht zu beachten, weil das in der jetzigen Klagschrift behauptete Eheversprechen nicht als Moment zu dem Zwecke aufgestellt ist, um daraus eine Erhöhung der Entschädigungssumme auf Grund eines erhöhten Verschuldens des Beklagten abzuleiten. Bleibt sonach nichts Anderes übrig, als eine gewöhnliche Entschädigungssumme für Defloration, wie solche nach der Praxis unter Berücksichtigung des deutsch-rechtlichen Gesichtspunktes einer Buße und des canonischen einer Abfindung arbiträr festgestellt zu werden pflegt, zu fixiren, und sind hierbei, den Gründen zum Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Bamberg vom 15. Juli zufolge, die Bestimmungen des zu Aschaffenburg geltenden gemeinen Rechtes zur Anwendung zu bringen, so wird man unter Berücksichtigung,

1) daß bei Ausmessung jenes Quantums die Standes- und

Vermögensverhältnisse der Klägerin maßgebend sind, solche, den Akten zufolge, dem niederen Bürgerstande angehört und gänzlich vermögenslos ist;

2) daß hiernach die Zubilligung eines Deflorationsquantums von fl. 50 als gerechtfertigt erscheint, auch die Zuerkennung einer geringeren Summe rechtfertigende, in Aschaffenburg zur Anwendung kommende Grundsätze von dem Beklagten nicht behauptet worden sind; endlich sogar

3) eine Fixirung der Entschädigungssumme auf fl. 50 nach Frankfurtischer Praxis gerechtfertigt erscheinen würde, da der in den vorigen Urtheilen der Klägerin zugebilligte Betrag, wie namentlich die Prozeßsache

Chossy c. Hillebrand'sche Erben,

über welche das Oberappellationsgericht am 16. Oct. 1852 endlich erkannt hat, nicht als absolutes Maximum in Fällen der vorliegenden Art sich herausstellt;

den Betrag der der Klägerin **pro defloratione** zuerkannten Summe von fl. 30 auf fl. 50 zu erhöhen haben. Aus vorstehender Ausführung, insonderheit dem, was unter Nr. 1 hervorgehoben ist, ergibt sich zugleich, daß das Vermögen des Stuprators für die Größe der mittelst der **judicati actio** zu fordernden Summe ohne Bedeutung, mithin von einer etwaigen deßfallsigen Beweisauflage nicht die Rede sein kann, während die von dem Beklagten der C. vergleichsweise und zwar nicht bloß für Defloration gezahlte Summe (33) C. c. H. für das jetzt zuzubilligende Quantum ohne Erheblichkeit ist.

64. Entschädigungsklage wegen Entziehung der jungfräulichen Ehre und Klage auf Dotation wegen Eheversprechens.

Wollte man jedoch annehmen, daß gegenwärtig nicht eine bloße **judicati actio** aus dem Urtheil des Stadtgerichts zu Bamberg angestellt, sondern daß mit solcher eine Klage aus einem Eheversprechen verbunden worden sei, oder gar allein vorliege, wofür theils das in der Klagschrift aufgestellte Sachgesuch, welches auf Vollziehung der Ehe mit der Klägerin oder auf Zahlung einer Ent-

schädigungssumme von fl. 2000 gerichtet ist, theils die Höhe der obengedachten Summe angeführt werden könnten, so gelangte man gleichwohl auch auf diesem Wege zu keinem der Klägerin günstigeren Ergebniß.

Zwar läßt sich, abgesehen von einer hier nicht zu prüfenden, feststehenden deßfallsigen Praxis, nicht mit dem Appellationsgericht annehmen, daß durch die Anstellung einer Entschädigungsklage wegen Entziehung der jungfräulichen Ehre, für deren Begründung ein Eheversprechen nicht erforderlich ist, eine Klage aus diesem letzteren vergl. Verordn. vom 15. Sept. 1733. Nr. 2 bei Beyerbach S. 560, bei welcher die eventuelle Abfindungssumme auch nach dem Stande und den Vermögensverhältnissen des Schwängerers festgesetzt wird, ausgeschlossen sei. Jedenfalls aber muß mit dem Appellationsgericht angenommen werden, daß diese letztere Klage dadurch beseitigt wird, daß die Geschwächte vor der von dem Schwängerer erklärten Wahl, die versprochene Ehe nicht vollziehen zu wollen, sich einem Anderen von Neuem hingegeben hat. Dieser Fall liegt hier vor, da die Klägerin noch in ihrer gegenwärtigen Klagschrift behauptet, daß der Beklagte bis dahin noch nicht gewählt habe, da sie geständigermaßen im Jahre 1837 abermals in Folge eines mit einem Anderen gepflogenen Beischlafs geboren und nicht zu behaupten vermocht hat, daß das Eheversprechen des Beklagten erst nach ihrer zweiten Niederkunft gegeben oder wiederholt sei. Der aus der zweiten Niederkunft der Klägerin entgegengesetzte Einwand, welcher für den mittelst der judicati actio verfolgten Anspruch ohne Bedeutung sein würde, kann durch einen, dem Beklagten vorgeworfenen gleichen Lebenswandel nicht beseitigt werden, und jedenfalls läßt sich das Verhältniß des Beklagten zur C. nicht benutzen, um die rechtlichen Folgen des zwei Jahre zuvor stattgehabten Treubruchs der Klägerin aufzuheben.

Wohl aber würde der Einwand alsdann als beseitigt erscheinen, wenn sich nachweisen ließe, daß die zweite Schwächung der Klägerin durch den Beklagten vermittelt sei. In dieser Beziehung aber ist der replikarische Vortrag der Klägerin nicht ausreichend begründet, da sie nicht zu behaupten vermocht hat, daß ihr angeb-

licher Schwängerer L. W. von dem Beklagten angestiftet sei, die Klägerin abermals zu verführen.

Aus allem diesem ergibt sich, daß das angebliche Versprechen des Beklagten, mit der Klägerin die Ehe vollziehen zu wollen, zu dem Ende, um eine Erhöhung der, der Klägerin **pro defloratione vel dotatione** zuzuerkennenden Entschädigungssumme davon abhängig zu machen, zum Beweise nicht verstellt werden durfte.

Das Stadtgericht erkannte:

Als neue Gesichtspunkte für die Bestimmung der Größe der Entschädigung finden sich im Wesentlichen angeführt,

1. daß inzwischen der Vater des Beklagten gestorben sei;
2. daß der Beklagte eine reiche Frau geheirathet habe;
3. daß er der Klägerin die Ehe versprochen habe.

Es ist jedoch unbestritten, daß sich die Mutter des Beklagten in der Nutznießung des väterlichen Erbtheils befindet, während das Vermögen seiner Ehefrau hier nicht in Betracht kommt. Dagegen würde nach den, von dem Stadtgericht befolgten Grundsätzen die Entschädigung der Klägerin allerdings angemessen zu erhöhen sein, wenn der Beklagte ihr die Ehe versprochen hätte, was dieser jedoch leugnet und daher von der Klägerin bewiesen werden muß.

Das Appellationsgericht erkannte:

In Erwägung,

2. daß, selbst angenommen, der Beklagte habe sie unter dem Versprechen der Ehe zu Fall gebracht, der Klägerin die Wahl blieb, auf Vollzug der Ehe, beziehungsweise auf Dotation, oder auf Entschädigung für Defloration zu klagen, derselben, da sie letztere Klage gewählt hat, das Recht nicht mehr zusteht, auf Dotation zu klagen, indem beide Klagen den nämlichen Zweck einer Entschädigung haben

Entscheidungsgründe zu dem am 10. Sept. 1849 ergangenen Urtheil in Sachen Danquillier c. Armbrüster

und in fernerer Erwägung,

3. daß Klägerin selbst eingesteht, sich in der Zwischenzeit anderen Männern hingegeben und abermals ein Kind außerehelich

geboren zu haben, somit aber, bei freventlich verletzter Treue gegen ihren angeblichen Verlobten, jedes Recht und jeden Anspruch auf Ehelichung, mithin auch auf deren Surrogat, eine Dotation verloren hat.

65. Gegenseitige Injurien der Anwälte.

Endlich mußte die erste Beschwerde der Klägerin in voriger Instanz darüber, daß nicht ihr Gegner wegen seiner injuriösen Schreibart gebührend bestraft, dessen Schrift zur Säuberung zurückgegeben und der Klägerin die Geltendmachung ihrer Privatsatisfactionsansprüche vorbehalten, unter Verurtheilung des Beklagten zum Kostenersatz, — welche die Klägerin in der gegenwärtigen Instanz wiederholt und gerechtfertigt hat, als gänzlich frivol verworfen werden, da, wie bereits von dem Appellationsgerichte bemerkt worden ist, beide Partheien in der ersten Instanz sich gegenseitig gröblich beschimpft haben und nicht berechtigt sind, in dieser Beziehung einander etwas vorzuwerfen, von einer an beide Anwälte wegen Verletzung des Anstandes noch gegenwärtig zu erlassenden Officialahndung aber um deßwillen allhier zu abstrahiren war, weil dieselbe dem Stadtgerichte obgelegen haben würde.

Das Stadtgericht erkannte:

Endlich erscheinen die dem Beklagten durch die Klägerin zugefügten Beleidigungen jedenfalls durch die von beklagter Seite gegen sie gebrauchte Schreibart compensirt.

Das Appellationsgericht erkannte:

Beide streitende Theile haben in ihren Schriftsätzen und deren Beilagen und durch die darin enthaltenen Anzüglichkeiten den Anstand gegenseitig verletzt und durch deren nicht zu rechtfertigende Weitläufigkeit ohne Nutzen die Akten vermehrt. Mit Recht hat daher das Stadtgericht die gegenseitigen Injurien als compensirt erachtet.

XXX.

Johann Heinrich Greiß dahier, Kläger u. Intervent
contra
Dr. jur. Rumpf als Curator des, dem C. E. G. Höffler'schen Nachlasse aus dem für den abwesenden Ludwig Carl Siegler verwaltenden Vermögen anwachsenden Antheils, Beklagten und die Vormünder des F. G. Höffler, Intervenienten.

Dem abwesenden Ludwig Carl Siegler, dessen eigenes, dahier verwaltetes Vermögen aus einem Pathengeschenk im Werth von fl. 31. bestand, fielen aus mehreren Nachlässen Vermögenstheile zu, die curatorisch verwaltet wurden. Lange Zeit herrschte allseitig von Seiten der Behörden, wie der Curatoren und der Familie die Ansicht, daß die ganze L. C. Siegler'sche Curatelmasse lediglich Vermögen des Verschollenen sei, in welches mit dessen Todeserklärung die dermaligen nächsten Blutsfreunde der Seitenlinie zu succediren hätten. Erst im Jahr 1846, als das Stadtgericht am 7. August auf die Erbantretung der Geschwister und Geschwisterkinder des L. C. Siegler vorläufig abschläglich erkannte, bildete sich die Frage, ob obige Vermögenstheile Vermögen des L. C. Siegler seien, oder ob sie nicht vielmehr aus den für diesen vorläufig zum Nachtheil der übrigen damaligen Erbinteressenten ausgeschiedenen und in Besitz genommenen, nunmehr aber letzteren, resp. deren Erben accrescirten Antheilen an den Nachlässen beständen, aus denen sie herkommen. Diese Frage wurde dann im letzteren Sinne theils durch die Theilungsrecesse und die hierzu erfolgten Erklärungen der verschiedenen Interessenten, theils durch ein, in Bezug auf einen Vermögenstheil vom Oberappellationsgericht am 14. Jan. 1851 ergangenes Erkenntniß entschieden.

Der Neffe des L. C. Siegler — C. E. G. Höffler hatte nun am 11. März 1843 seinem Schwager Joh. Heinr. Greiß, der ihm zwei Wechsel im Betrage von fl. 440. einlöste, für diese

Forderung den Antheil an demjenigen Vermögen cedirt, welches ihm (Höffler) aus der L. E. Siegler'schen Curatelmasse zukomme. Die Verzinsung dieser fl. 440 mit 5% bis zur Rückzahlung, — die Rückgabe der den Betrag von fl. 440 sammt Zinsen übersteigenden Summe sind vereinbarte Bestimmungen zwischen den beiden Contrahenten und in einer notariell beglaubigten Urkunde de d. 11. März 1843 aufgenommen. In derselben heißt es in Betreff der Cession:

„ich cedire an meinen Schwager Greiß den dereinst auf mich erblich anfallenden Antheil des Nachlasses meines Oheims Siegler.

Als Höffler starb, wurde über seinen Nachlaß am 16. Aug. 1843 Concurs erkannt. In demselben blieb der Antheil an der Siegler'schen Curatelmasse außer Betracht, weil damals die oben erwähnte irrthümliche Ansicht in Betreff eines Erbrechtes noch herrschte. Greiß meldete zwar seine Forderung an, machte jedoch aus der Cession keine Ansprüche geltend, erklärte vielmehr: „da der für diese Forderung cedirte, dereinst von dem verschollenen Oheime Siegler zu erhaltende Erbtheil an mich durch Ableben des Höffler niemals bezahlt werden kann, so bleibt jetzt dessen Debitmasse mein Schuldner."

Im Jahr 1848 wurde für den, dem C. E. G. Höffler, resp. dessen Rechtsnachfolger aus der Siegler'schen Curatelmasse accrescirten Vermögenstheil ein juridischer Vertreter geschaffen und Herr Dr. Rumpf als Curator und gleichsam als Sequester bis zur Erledigung der damals schon zwischen den einzelnen Interessenten vorhandenen Prioritätsdifferenz ernannt.

J. H. Greiß klagte nun gegen Herrn Dr. Rumpf auf Zahlung der fl. 440 sammt Zinsen. Der Beklagte verkündigte den Streit den Vormündern des minderjährigen Sohnes des C. E. G. Höffler, der aus der Concursmasse seines Vaters die privilegirte Forderung in Betreff der mütterlichen Illaten nur zum Theil realisirt hatte. Die Vormünder traten als Intervenienten auf.

Das Stadtgericht erkannte am 22. Dec. 1852:

I Kläger wird mit seiner Klage ab- und zur Ruhe gewiesen

und zum Ersatze der dem Beklagten und den Intervenienten verursachten Prozeßkosten verurtheilt.

II Der beklagte Curator wird ermächtigt, das von ihm verwaltete Vermögen, abzüglich der Verwaltungskosten, den Intervenienten auszuliefern.

Auf Appellation des Klägers bestätigte das Appellationsgericht am 11. Febr. 1853, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz, obiges Erkenntniß mit der Erläuterung, „daß die Geltendmachung der Forderung gegen den minderjährigen Höffler'schen Sohn aus einem anderen Fundamente, vorausgesetzt, daß und insoweit letzterer als Successor in den fraglichen Vermögenstheil seines Vaters dem Kläger für dessen Forderung überhaupt aufzukommen, resp. demselben nachzustehen hätte, durch die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites nicht ausgeschlossen sein kann." Auf Oberappellation des Klägers hob das Oberappellationsgericht beide Erkenntnisse auf und ließ, unter Compensation der Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz, dem Kläger den Beweis seines Klaggrundes dahin nach:

Daß C. E. G. Höffler ihm vor oder an dem 11. März 1843 seinen Antheil an demjenigen Vermögen und dessen Vermehrungen, welches damals von den, für den verschollenen L. C. Siegler bestellten Curatoren verwaltet wurde, für eine Forderung von fl. 440 sammt Zinsen bis zum Belaufe dieses Betrages an Zahlungsstatt überwiesen habe.

66. Auslegung der Worte nach deren Sinne im gewöhnlichen Leben.

Es würde selbst in dem Falle, wenn Kläger seinen Anspruch unmittelbar und ausschließlich auf die Urkunde vom 11. März 1843 gestützt hätte, nicht unbedenklich erscheinen dürfen, denselben ohne Weiteres, unter Versagung jeder Beweisführung, wie geschehen, bloß um deßwillen zurückzuweisen, weil als Gegenstand der Cession nur der Höffler'sche Erbantheil am Siegler'schen Nachlasse bezeichnet sei. Denn theils waren doch

1) die Erbschaften der Eltern, resp. des Bruders **pro rata** dem L. C. Siegler angefallen, auch bis zu seiner Todeserklärung die damit seinen Miterben, resp. deren Erben accresciren=

den Vermögensantheile noch nicht in die Hände der letzteren übergegangen, und insofern, wenn auch in Wahrheit niemals Vermögen und Nachlaß des Verschollenen, sondern bloß für ihn eventuell dazu bestimmt und asservirt, doch einem Nachlasse desselben dergestalt vergleichbar, daß es nicht befremden könnte, wenn Kläger, wie C. E. G. Höffler und selbst der mit Conception jener Urkunde beauftragte Notar, den kraft Accrescenz zu gewärtigenden partiellen Anfall der Siegler'schen Curatelmasse, als eine in sichere Aussicht stehende Erbfolge betrachtet und deßhalb die in der Urkunde vorkommende, in den bisherigen Entscheidungen für den Kläger präjudiciell erklärte Ausdrucksweise beliebt und unter Anschluß an einen im gemeinen Leben nicht ungewöhnlichen Sprachgebrauch hier eine Erbfolge in den Siegler'schen Nachlaß angenommen hätten. Außerdem ergeben

2) die Vorakten zur vollsten Genüge, wie bis in das Jahr 1846 die Siegler'sche Curatelmasse allseitig von Seiten der Behörden, wie der Curatoren und der Familie, lediglich für ein Vermögen des Verschollenen erachtet worden ist, worin mit dessen Todeserklärung seine dermaligen nächsten Blutsfreunde der Seitenlinie zu succediren hätten.

3) Da die vom Kläger beigebrachte Cessionsakte vom 11. März 1843 theils von Angehörigen der Höffler-Siegler'schen Familie herrührt, theils in eine Zeit fällt, wo noch durchgängig die sub 2 angeführte Ansicht herrschte, kann dann nicht bloß in dieser Urkunde kein Gegenbeweis gegen die jetzigen klägerischen Forderungen, wie man beklagter- und intervenientischer Seits vermeint, gefunden werden, sondern es hat auch, zumal wenn man erwägt, daß der eigentliche, nur in unbedeutenden Pathengeschenken bestehende Nachlaß zu einer Sicherstellung des Klägers viel zu unbebedeutend, auch gar nicht zinsbar angelegt war, vielmehr noch zur Zeit der letzten Rechnung nur Seitens der Curatoren aufbewahrt wurde, die Behauptung Klägers einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit für sich, daß die Contrahenten bei Abfassung jener Urkunde mit dem darin cedirten Nachlaßantheile und Erbtheile eben nichts anderes, als überhaupt die Curatelmasse, und was Höffler hieraus bei dereinstiger Todeserklärung des Curanden zu-

fallen würde, gemeint hätten und haben könnten, und daß nur irriger Weise der Gegenstand der Cession als Nachlaßquote des Siegler bezeichnet worden sei. Bei der Urkunde stehen geblieben und diese als alleiniges Fundament angesehen, würde daher der Beweis, was die Absicht der Contrahenten bei jener Cession gewesen und daß nach dieser auch die jetzt in Anspruch genommenen Vermögenstheile, obwohl nicht Nachlaß des Siegler, hätten übertragen werden sollen und überwiesen wären, zwar des gegnerischen Leugnens wegen noch nöthig, aber Klägern kaum zu versagen sein.

Indessen bedarf dies keiner näheren Erörterung, da jedenfalls nach der Art, wie Kläger sein Anliegen gleich Anfangs formulirt und substantiirt, dann im Verlaufe der Verhandlungen näher erläutert hat, die Klagabweisung nicht gerechtfertigt erscheint, und die vom Kläger anerbotene Beweisführung ihm umsoweniger versagt werden kann, als auch der, übrigens erst in jetziger Instanz erhobene Einwand des Beklagten, es würde damit einer unstatthaften **mutatio libelli** Folge gegeben werden, sich als durchaus grundlos erweiset.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß

3) der verstorbene Höffler lediglich den ihm dereinst aus dem Nachlasse seines verschollenen Oheims Ludwig (Carl) Siegler zufallenden Erbtheil in der Urkunde (2) dem Kläger cedirt, auch letzterer dies späterhin durch den Inhalt seiner gegen die Höffler'schen Debitmasse eingereichten Liquidationsanzeige anerkannt hat, somit das Cessionsobjekt nicht mit der klägerischen Forderung identisch ist.

Das Appellationsgericht erkannte:

In Erwägung

1) daß sich die gänzliche Abweisung der auf Grund von (2) angestellt gewesenen Klage aus den in dem vorigen Erkenntnisse enthaltenen Entscheidungsgründen ausreichend rechtfertigt, indem dem verstorbenen Höffler in der That ein Antheil an dem nachgelassenen Vermögen seines verschollenen Oheims Siegler niemals erblich zugefallen ist, wie dies der Kläger denn selbst seiner Zeit ausdrücklich anerkannt hat.

67. Veräußerung der accrescirten Erbschaft. Verzicht auf Rechtsunkenntniß gegründet.

Es ist freilich der klägerische Anspruch auch noch um deßwillen von dem Beklagten, wie den Intervenienten als jedes Grundes entbehrend bezeichnet worden, weil

1) jede Art von Veräußerung einer noch nicht angefallenen Erbschaft nach

L. 30. C. de pactis

contra bonos mores und nichtig sei, die hier in Frage stehende Cession aber lange vor Todeserklärung des L. C. Siegler stattgefunden habe, und weil

2) Kläger durch seine im Höffler'schen Concurse bei Liquidation seiner Darlehnsforderung von fl. 440 nebst Zinsen abgegebenen Erklärung „es könne ihm der für seine Forderung cedirte Erbantheil in Folge des vor der Todeserklärung eingetretenen Ablebens Höffler's niemals ausgezahlt werden, selbst die Kraft- und Wirkungslosigkeit des Cessionsaktes anerkannt und auf die daraus etwa resultirenden Rechte verzichtet habe.

Allein sobald Kläger den von ihm anerbotenen Beweis führt und damit constatirt wird, daß die Cession nur auf Antheile an Nachläßen vor dem Jahr 1843 verstorbener Personen sich beziehe, deren Erbschaft von dem Höffler, resp. dessen Mutter längst angetreten und erworben war, so erledigt sich der Einwand ad 1 von selbst. Und ebenso könnte dann, bei nothwendig restrictiver Interpretation jedes Verzichtes, die ad 2 erwähnte, lediglich auf den Erbtheil am Siegler'schen Nachlaß lautende Erklärung für den nur die, dem Höffler accrescirten Vermögenstheile betreffenden jetzigen Anspruch Klägers nicht weiter in Betracht kommen, selbst wenn in gedachter Erklärung ein Verzicht enthalten und nicht vielmehr, was vom Kläger ausdrücklich behauptet und ohne allen Grund beklagtischer Seits bestritten, auch nach der ganzen damaligen Sachlage völlig klar ist, nur eine durch Unbekanntschaft mit dem Ursprunge der Siegler'schen Masse oder durch Rechtsunkenntniß veranlaßte, in jedem Falle entschuldbare und unpräjudicirliche Aeußerung irriger Ansichten über die recht-

liche Natur und Bedeutung des unter Curatelverwaltung stehenden Vermögens, sowie über die Möglichkeit fernerweiter Realisirung der aus dem Cessionsgeschäfte für Klägern begründeten Rechtsansprüche zu befinden wäre.

68. Vorzug des älteren Cessionars. Erlöschung des gesetzlich generellen Pfandrechts durch Veräußerung des Gegenstandes.

Ein Bedenken gegen die Aufrechthaltung der Klage und Nachlassung des vom Appellanten beantragten Beweises könnte nur daraus entstehen, daß in Folge der Principal-Intervention für den Sohn des Cedenten Höffler dem Kläger die Erbringung jenes Beweises nur insofern etwas nützen kann, als das von jenem angesprochene Vorzugsrecht unbegründet ist, nun aber in dem nach Höffler's Tode über dessen Nachlaß eröffneten Concurse der intervenientische Mündel mit dem durch die Activa ungedeckt gebliebenen fl. — — kr. betragenden Reste seines wegen eingebrachten Mutterguts erhobenen Anspruchs von fl. — — in Folge der derartigen Forderungen zuständigen Pfand- und Vorzugsrechts seine Stelle vor der Darlehnsforderung des Klägers in dem Locations-Urtheil vom 20. December 1844 erhalten hat, und von den hier in Frage stehenden Vermögenstheilen des Cridars Höffler, welche als solche erst in Folge der Vertheilung der Siegler'schen Curatelmasse lange nach beendigtem Concurse bekannt oder doch erkannt worden sind, keineswegs schon um deßhalb, wie Kläger zu meinen scheint, ausgeschlossen sein kann, weil für den ungedeckten Theil der intervenientischen Forderungen lediglich eine Ueberweisung der inexigiblen Geschäfts-Ausstände, welche aber nur damals die einzigen anderweit bekannten unrealisirten Activen der Concursmasse bildeten, im Locations-Urtheile erfolgt sei.

Allein es handelt sich gegenwärtig:

1) nicht um Erneuerung des Concursverfahrens zu dem Behufe, um festzustellen, wer von jenen im Concurse unbefriedigt gebliebenen Liquidanten aus einem schon damals unzweifelhaft zur Concursmasse gehörigen, aber erst später entdeckten Vermögens-

Objecte zuerst seine Befriedigung ansprechen könne, nicht um einen eigentlichen Prioritätsstreit, sondern darum, ob das später zum Vorschein gekommene, in Händen eines Dritten, ursprünglich der Siegler'schen Curatoren, jetzt des Beklagten befindliche Vermögens-Objekt überall als zur Concursmasse gehörig gelten könne, und, wenn zeitig entdeckt, damals zur Concursmasse hätte gezogen werden dürfen und müssen, und ob es nicht vielmehr durch eine vor Ausbruch des Concurses mittelst der Cession vom 11. März 1843 geschehene Veräußerung theilweise, nämlich bis zum Belaufe der klägerischen Capital- und Zinsen-Ansprüche, im voraus der Concursmasse entzogen und aus dem Vermögen des Cridars auf rechtsgültige Weise herausgekommen sei, wie dies auch vom Kläger in den jetzigen Partheischriften bestimmt genug ausgesprochen, nicht bloß damit, daß die Cession als an Zahlung statt erfolgt sei, angedeutet, und selbst intervenientischer Seits insofern anerkannt worden ist, als man aus der im Concurse erfolgten besseren Locirung des Höffler'schen Sohnes keine ausdrückliche Einrede herzunehmen versucht hat.

Nun aber ist

2) abgesehen von dem mit Erbringung des klägerischen Beweises hinwegfallenden Einwande, daß **de hereditate viventis** paciscirt worden die Rechtsständigkeit der hier vorliegenden Cession nicht angefochten, noch an sich, zumal von einer Vornahme **in fraudem creditorum** bewandten Umständen nach nicht entfernt die Rede sein kann, zu bezweifeln. Durch dieselbe ist freilich das Klagrecht des Cedenten gegenüber dem ursprünglichen Schuldner nicht erloschen, vielmehr derselbe an sich berechtigt, von Letzterem noch seinerseits die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten zu fordern, und dieses Recht des Cedenten wird bei nachher über das Vermögen des Cedenten ausbrechendem Concurse allerdings als auf die Gesammtheit der Concurs-Gläubiger übergegangen zu erachten, und nach Maßgabe des Locations-Urtheils den einzelnen Creditoren, hier also dem **priori loco** zur Befriedigung kommenden Mündel der Intervenienten zuzusprechen sein. So wenig aber der Cedent selbst den Cessionar, dem er für eigene Rechnung die Ausübung seines Klagrechts über-

ließ, daran hindern kann, oder demselben, wenn beide gleichzeitig klagbar würden, nachzustehen sich weigern dürfte

vergl. L. 25. 55 D. de procon. (3. 3)

Mühlenbruch Lehre der Cession 3. Ausg. p. 479. 488 folg.

Wening Ingenheim Lehrbuch Buch 3. § 49.

und zwar gleichviel, ob ihm derselbe mit einer Denunciation an den Schuldner zuvorgekommen wäre oder nicht, eben so wenig kann dies Seitens des in die Stelle des Cedenten später eingetretenen Concurs-Gläubigers, hier des intervenientischen Mündels geschehen, und wird dieser, da er auch nur als Cessionar anzusehen ist, dem Kläger bis zum Belaufe von dessen Forderung um so gewisser nachzustehen haben, als in dem Falle, wo dasselbe Forderungs- und Klagrecht, ganz oder, wie hier, theilweise mehreren Personen nach einander cedirt worden ist, der Vorzug des älteren Cessionars und dessen Befugniß, mit voller Wirkung das ihm zuerst cedirte Klagrecht geltend zu machen, unbestreitbar ist

vrgl. Mühlenbruch a. a. O. p. 489;

vorliegenden Falls aber der Anspruch des Klägers auf das streitige, im Jahre 1846 ermittelte und flüssig gewordene Vermögens-Object des Cedenten und Cridars Höffler aus dem Anfang des Jahres 1843 sich herschreibt, der des intervenientischen Mündels erst von der Zeit der Locatoria vom 30. Dec. 1844, günstigsten Falls nicht früher, als von der am 16. Aug. 1843 erfolgten Concurs-Eröffnung datirt werden kann.

Dabei läßt sich auch

3) aus dem mit der intervenientischen Forderung, weil solche aus den von der zweiten Frau des Cedenten Höffler in die Ehe gebrachten Obligationen herrührt, selbst noch nach jetzigem Rechte

Gesetz der Rang. Ordn. der Gläubiger im Concurse betr. vom 10. Jan. 1837 sub VI

verbundenen gesetzlichen generellen Pfandrecht ein Bedenken gegen den Vorzug des Klägers, obwohl dieser aus der Cession mehr als persönliche Ansprüche nicht gewonnen hat, keineswegs herleiten, da wenigstens nach Frankfurter Rechte

vrgl. Ref. II. 19. § 9.

Souchay Anmerk. Th. 1 p. 456.
darüber kein Zweifel ist, daß das allgemeine gesetzliche Pfandrecht auf den durch Veräusserung aus dem Vermögen heraus- und in Dritter Hände übergehenden Sachen nicht haften bleibe, sondern die Veräußerung, „wenn sonst keine betrügliche Gefährde gebraucht worden", erlösche.

XXXI.

Wwe Wewers u. Sohn zu Vluyn bei Meurs, Kläger contra Joseph Marx dahier, Beklagten.

Wittwe Wewers u. Sohn sandten am 26. März 1852 dem Joseph Marx bestellte 20 Stück Barchend. Die Waare wurde von Marx zur Disposition gestellt, weil sie angeblich den Mustern nicht entspräche. Nach vergeblichen Verhandlungen um durch einen Nachlaß am Preise die Angelegenheit in Ordnung zu bringen (Wittwe Wewers u. Sohn wollten am 5. April 1852 per Elle 1/8 Sgr. nachlassen, falls Marx umgehend sich zu der Annahme bereit erklären würde; Marx erwiederte, er könne, falls Wewers u. Sohn die Retournirung der Waare nicht vorzöge, dieselbe nur mit einem Nachlaß von 1/6 Sgr. acceptiren), schrieb Marx am 3. Mai 1852, daß er im Drange der Messe mehrere Stücke angeschnitten habe und die Barchende mit dem offerirten Nachlaß (von 1/8 Sgr. per Elle) annehme.

Wittwe Wewers klagt nun auf volle Bezahlung des Kaufpreises von fl. 399. 51 kr. Unter mehreren Einreden des Beklagten, die in den unteren Instanzen erledigt und durch welche Abzüge an dem Kaufpreise erzielt wurden, behauptet auch Beklagter

1) daß er zufolge der oben erwähnten, von ihm angenommenen Proposition der Kläger per Elle 1/8 Sgr. in Abzug bringen könne;

2) daß er einen Sconto von 10% zu genießen habe.

Trotz der Appellationen des Beklagten wurden diese Ansprüche in den drei Instanzen verworfen

vom Stadtgericht am 1. Nov. 1852,
vom Appellationsgericht am 28. Jan. 1853,
vom Oberappellationsgericht am 29. Oct. 1853.

69. Klage aus dem Contrakt. Entschädigungsklage.

Es läßt sich der Ansicht des Appellationsgerichts nicht beitreten, wonach die angestellte Klage als Entschädigungsklage für eigenmächtig verbrauchtes Eigenthum der Kläger aufgefaßt und der ursprüngliche Factura-Preis der fraglichen Barchendwaaren als derjenige Werth betrachtet wird, welchen der Beklagte, da er ihn als einen unangemessenen nicht angefochten habe, als Schadensersatz vergüten müsse. Vielmehr ist die Ansicht des Stadtgerichts für die richtige zu halten, daß auf Erfüllung des Kaufcontraktes geklagt und darnach die Leistungen des Beklagten zu beurtheilen seien.

Der Beklagte stellte am 26. März v. J. die ihm zugesendeten 20 Stück Barchend, weil sie angeblich nicht mit dem Muster übereinstimmten, zur Disposition, ohne sich indessen zu erklären, ob er von dem Kaufgeschäft ganz abgehen, oder etwa eine anderweite entsprechendere Lieferung in Anspruch nehmen wollte. Die Kläger, nachdem sie vergeblich versucht hatten, den Beklagten zur Anerkennung der Lieferung als einer contraktmäßigen zu bewegen, erboten sich unter dem 5. April, des künftigen Geschäftsverkehrs wegen, zu einem Nachlaß von ⅛ Sgr. per Elle. Hier fügten sie zwar hinzu, wenn der Beklagte umgehend erkläre, daß ihm dies nicht genüge, so würden sie die Waaren einem anderen Geschäftsfreunde in Frankfurt zuweisen. Als aber der Beklagte erst am 23. April geantwortet und einen Nachlaß von ⅙ Sgr. verlangt hatte, bestanden sie nicht auf Zurückgabe der Waaren, sondern erklärten vielmehr am 26. April, sie müßten wegen der verspäteten Antwort die Sache nach ihrer Proposition vom 5. April als erledigt betrachten. Der Beklagte erwiederte darauf, er könne die Barchende, wenn die Kläger nicht ihre Retournirung vorzögen, nicht

anders, als mit $1/_6$ Sgr. Nachlaß acceptiren. Damit war für den Fall, daß die Kläger auf diesen Nachlaß nicht eingingen, die Stellung zur Disposition wiederholt, und den Klägern stand das Recht zu, anderweit über die Sendung zu verfügen. Durch Brief vom 3. Mai erklärte aber nun der Beklagte, da mehrere Stücke im Drange der Messe angeschnitten worden seien, so wolle er die Barchende mit dem offerirten Nachlaß (von $1/_8$ Sgr. per Elle) acceptiren. Da in den bisherigen Verhandlungen von einer Auflösung des ursprünglichen Kaufgeschäftes gar keine Rede gewesen war, sondern nur so viel in Frage stand, ob und in wie weit die Kläger durch die gemachte Lieferung ihre Verbindlichkeit aus dem Kaufcontrakt erfüllt hätten, so kann jene Erklärung nicht etwa als Proposition zu einem neuen Handel für geringeren Preis aufgefaßt werden, sondern nur die Bedeutung haben, daß der Beklagte seine Stellung zur Disposition zurücknahm, die Lieferung als Erfüllung des Kaufcontrakts anerkannte und nur wegen der Qualität der gelieferten Waaren zu einem Abzug am Kaufpreis berechtigt zu sein glaubte. Dieses Verlangen eines Abzuges stellt sich auch keineswegs als Bedingung der erklärten Annahme der Lieferung dar; denn dieses wäre nur denkbar, wenn der Beklagte noch die Alternative, die Waaren zur Disposition zu stellen, gehabt und für sich geltend gemacht hätte; für den in Angriff genommenen Theil der Waaren konnte er das aber nicht mehr, und hinsichtlich des unversehrten Theils hätte er es, wenn man eine theilweise Stellung zur Disposition für statthaft halten wollte, nothwendig ausdrücklich erklären müssen. Die Annahme der Lieferung war sonach — da auch die begehrte Zahlungsfrist von 3 Monaten nicht als Bedingung gestellt ist — eine unbedingte und das Verlangen einer Preisminderung konnte vom Beklagten nur gestützt werden, entweder auf Bewilligung der Kläger, oder auf einen über die behauptete geringere Qualität der Waaren zu führenden Beweis. Daß aber die von den Klägern früher gemachte Offerte von $1/_8$ Sgr. Nachlaß per Elle noch eine bis zum dritten Mai offene gewesen wäre, wie der Beklagte in den Verhandlungen erster Instanz behauptet hat, bedarf keiner Widerlegung, vielmehr war die Offerte durch den Brief des Beklagten vom 28. April abgelehnt

worden, und da die Kläger nachher nicht wieder darauf eingegangen sind, so blieb dem Beklagten nur der erwähnte Beweis übrig.

Bei dieser Lage der Sache waren die Kläger unbezweifelt berechtigt, den Kaufcontrakt ihrerseits für erfüllt anzusehen, auf die Zahlung des Kaufpreises zu klagen und abzuwarten, wie der Beklagte sein Verlangen eines Nachlasses begründen werde. Freilich waren sie nicht verbunden, den Beklagten mit seiner am 3. Mai erklärten Annahme der Lieferung noch zuzulassen, wenn sie vorher bereits über die ihnen zur Disposition gestellten Waaren anderweit verfügt hatten; vielmehr mußte es ihnen in diesem Falle freistehen, Herausgabe des unversehrten Theils der Waaren und Entschädigung für die unbefugt angeschnittenen Stücke zu verlangen. Und allerdings behaupten sie, am 30. April dem H. Wiesand in Frankfurt Bezugschein zum Empfang der zur Disposition gestellten Waaren ertheilt zu haben. Auch konnte ihnen darin ihr Brief vom 6. Mai, worin sie, statt Herausgabe der unversehrten Stücke und Entschädigung für die angeschnittenen zu verlangen, auf sofortige Berichtigung des Kaufpreises ohne Nachlaß, jedoch unter Abzug von Sconto und Agio, dringen, nicht entgegen stehen, da derselbe augenscheinlich nur einen Vergleichsvorschlag enthält und dieser vom Beklagten nicht angenommen worden ist. Allein die angestellte Klage läßt sich nicht als Entschädigungsklage, sondern nur als Klage auf Erfüllung des Kaufcontrakts auffassen. Ob die Kläger, wenn sie eine Entschädigungsklage beabsichtigt hätten, nicht auf Zurückgabe der unversehrten Stücke in natura hätten antragen müssen, kann dahin gestellt bleiben. Denn

a) die Kläger verlangen nicht eine Vergütung des Werths der Waaren, sondern Zahlung des vollen Preises derselben ohne allen Abzug, also des ursprünglichen Kaufpreises;

b) sie begründen ihren Anspruch gar nicht damit, daß der Beklagte widerrechtlich ihr Eigenthum verbraucht habe, sondern erklären vielmehr, wegen der Zahlungsweigerung des Beklagten seien die ursprünglich verwilligten

Nachlässe nicht mehr platzgreiflich, stützen sich also selbst auf die Vertragsbedingungen;

c) sie fordern in der Klagbitte Verzugszinsen vom 26. März 1852 an, was nur bei der Klage auf den Kaufpreis, aber nicht bei der auf Entschädigung statthaft sein konnte.

Hiernach muß angenommen werden, daß die Kläger auf die in dem Brief des Beklagten vom 3. Mai v. J. erklärte Acceptation der Lieferung selbst haben eingehen wollen. Wäre dies aber auch noch zweifelhaft, so müßte doch angenommen werden, daß jenes Resultat jetzt durch **res judicata** feststehe. Das Stadtgericht hat in seinen Entscheidungsgründen die Klage als eine auf Zahlung des Kaufpreises gerichtete aufgefaßt und dies ist insofern von erheblichem Einfluß auf das Decisum gewesen, als nur bei dieser Auffassung der in der Klage angeführte, vom Beklagten aber geleugnete Umstand, daß die Kläger am 30 April v. J. dem H. Wiesand Bezugscheine zum Empfang der zur Disposition gestellten Waaren ertheilt hätten, als unerheblich erscheinen konnte. So lange die Kläger über die zur Disposition gestellten Waaren noch nicht anderweite Verfügung getroffen hatten, mußte es dem Beklagten freistehen, seine Dispositionsstellung zurückzunehmen, indem er dadurch nur von dem Einwand, eine ungenügende Lieferung erhalten zu haben, zurücktrat, oder doch nur die ihm zustehende Wahl zwischen Redhibition und Preisminderung ausübte. Hätte daher die Klage als Entschädigungsklage aufrecht erhalten werden sollen, so hätte dem Kläger Beweis über den erwähnten Umstand auferlegt werden müssen. Indem sich die Kläger der stadtgerichtlichen Entscheidung unterwarfen, haben sie in die Behandlung der Klage als einer auf Erfüllung des Kaufvertrages gerichteten eingewilligt und ihre Erklärung in jetziger Instanz, daß die Auffassung des Appellationsgerichtes die richtige zu sein scheine, würde deßhalb, auch wenn sie bestimmter ausgedrückt wäre, nicht mehr in Betracht kommen können.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß

2. die in den Briefen der klagenden Handlung vom 5. und 26. April und 6. Mai 1852 dem Beklagten gemachten Vergleichs-

anerbietungen von demselben nach Ausweis seiner Briefe vom 3. und 9. Mai 1852 nicht vollständig acceptirt wurden und daher als nicht geschehen zu betrachten sind; daß

3. der Beklagte zwar in seinem Briefe vom 26. März 1852 den Klägern angezeigt hat, daß die betreffenden Waaren nicht den Mustern entsprächen und er, der Beklagte, somit genöthigt sei, ihnen, den Klägern, jene Waaren zur Disposition zu stellen; daß aber

4. nach dem weiteren Briefe des Beklagten vom 3. Mai 1852 derselbe mehrere Stücke angeschnitten, hierdurch den Klägern die Zurücknahme der fraglichen Sendung unmöglich gemacht, auch nicht einmal sich fernerhin zur Rückgabe der noch unangeschnitten vorhandenen Stücke erboten, vielmehr lediglich einen Nachlaß an dem Preise verlangt hat; daß

5. hiernach der Beklagte an den Kaufvertrag gebunden und insbesondere gehalten ist, den darin stipulirten Kaufpreis zu berichtigen.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

II. Auf die zwischen beiden Theilen des beabsichtigten Handels wegen anfänglich verabredeten Bedingungen und deren Veranlassung kommt es jetzt nicht weiter an. Der Beklagte hat die von den Klägern ihm zugesendeten Waaren nicht acceptirt, vielmehr zur Disposition der Kläger gestellt, trotz dessen aber über jene Waaren durch theilweisen Verkauf derselben zu seinem Nutzen eigenmächtig disponirt.

Mit den Vergleichshandlungen an sich war ihm diese Befugniß nicht zugegangen, und ebensowenig kann behauptet werden, daß er durch die Kläger selbst hierzu inducirt worden sei.

Mit der Veräußerung der Waaren, die nicht sein, sondern der Kläger Eigenthum waren, ist für den Beklagten die Verpflichtung erwachsen, dem Kläger mindestens den angemessenen Preis für jene Waaren zu bezahlen.

70. Zahlung gegen Abzug von Sconto.

Entscheidend gegen den Beklagten ist aber, daß er sich durch verspätete Zahlung des Abzuges der 10% Sconto verlustig gemacht hat. Die Auffassung des Beklagten von der rechtlichen

Natur des Sconto ist unrichtig, indem der Sconto allerdings nur als Verwilligung für eine vor Ablauf des Zahlungszieles geleistete Zahlung angesehen werden kann.

Vergl. Präjudicate in Frankfurter Sachen:

Stein Söhne c. Kumbruch 1850.

Siegm. Rothschild c. Diehl 1851.

Nun kann es dahin gestellt bleiben, ob der Beklagte nach den ursprünglichen Bedingungen des Kaufvertrages den Sconto nur bei sofortiger baarer Zahlung hätte in Anspruch nehmen können. Denn er räumt selbst ausdrücklich ein, daß der Sconto über die Frist von 3 Monaten hinaus nicht für bewilligt angesehen werde. Diese Frist kann aber nur von dem Empfang der Waaren oder, wie es bei der unter Contrahenten verschiedener Wohnorte üblichen Wechselzahlung geschehen muß, vom Tage der Absendung der Waaren an berechnet werden, und davon war auch im gegenwärtigen Fall keine Ausnahme begründet. Denn wenn der Beklagte in seinem Brief vom 3. Mai v. J. in Folge des theilweisen Aufschneidens der Waare die Lieferung acceptirte und damit seine Dispositionsstellung zurücknahm, so erkannte er dadurch die ihm gewordene Lieferung, vorbehältlich des zu erweisenden Anspruches auf einen Nachlaß, als eine von Anfang an contraktmäßige an, und seine Acception mußte auf den Zeitpunkt der Absendung der Waare, also hier auf den Tag der Factura, den 13. März v. J., zurückbezogen werden. Der Beklagte hat aber innerhalb dreier Monate vom 13. März an die ihm obliegende Zahlung weder geleistet, noch gehörig angeboten. Denn in der dem Prozeß vorausgegangenen Correspondenz hat er sich nur zur Zahlung des Kaufpreises unter Abzug eines Nachlasses, den die Kläger nicht bewilligt hatten und der ihm nunmehr rechtskräftig aberkannt ist, sowie nur innerhalb einer vom 3. Mai v. J. an zu berechnenden dreimonatlichen Frist erboten. Ein solches Zahlungserbieten waren die Kläger anzunehmen nicht verbunden. Der Umstand aber, daß die Kläger mehr verlangten, als ihnen nunmehr zuerkannt ist, kann dem Beklagten nicht zu Statten kommen, da er sich den Anspruch auf Sconto nur durch Anbieten der wirklich schuldigen Summe und innerhalb der rechten Zeit erhalten konnte. Das

Zahlungserbieten sodann, welches der Beklagte in seiner am 24. Juni v. J. eingereichten Exceptionsschrift wiederholte, war nach dem Bemerkten bereits verspätet, und wenn auch ebendaselbst behauptet wurde, es sei dem klägerischen Anwalt nach Insinuation der Klage die Zahlung von fl. 341. 17 kr. angeboten worden, so fehlt doch theils die bestimmte Behauptung, daß dies noch vor dem 13. Juni geschehen sei, theils mußte das Erbieten auch wegen des in Abzug gebrachten Nachlasses am Kaufpreise als gleich ungenügend, wie das außergerichtliche, angesehen werden, und noch aus der Eingabe des Beklagten vom 5. Aug. v. J. geht hervor, daß er selbst im Anfang des August zur Zahlung einer höheren Summe nicht bereit war.

Die Klage ist nun zwar am 8. Juni v. J., folglich noch im Laufe der bemerkten dreimonatlichen Frist angestellt und auf Entrichtung des vollen Kaufpreises gerichtet worden. Allein die Frage, ob dies an sich zulässig war, kann schon deßhalb unerörtert bleiben, weil die vorzeitige Erhebung der Klage durch den vergeblichen Ablauf der Zahlungsfrist während des Prozesses für den Kläger unschädlich geworden ist (vgl. dieses Heft Nr. 21. p. 48).

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß

8) der bedungene Sconto nur dann von dem Kaufpreise abgezogen werden darf, wenn dieser gleich gezahlt wird, weßhalb da letzteres hier nicht der Fall ist, der Beklagte keineswegs zu dem Abzug von 10% befugt erscheint.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

Von Abzügen, die nur auf einer besonderen Verabredung beruhen können, ist hier keine Rede, da hier ein Kauf nach Verabredung an den Beklagten gar nicht Statt gefunden hat, und kann es daher dem Beklagten nicht zur Beschwerde gereichen, wenn ihm — ein weiterer Abzug von 10% nicht zugelassen worden ist.

XXXII.

G. dahier, Kläger und Intervent
contra
R. dahier, Bekl. und dessen Ehefrau, Interventientin.

R., als Rendant einer auf Gegenseitigkeit gegründeten Versicherungsgesellschaft, leistete Caution mit einer auf — haftenden Hypothekenurkunde; diese bekam G. als Direktor der Gesellschaft in Händen. R. stellte nun am 27. Juli 1845 folgende Urkunde aus: „Ich bescheinige andurch, daß ich die Hälfte desjenigen Betrags, welche G. zur Kasse der — Bank bisher vorgeschossen hat und ferner noch vorschießen wird, sammt Zinsen zu 5% als Selbstschuldner übernehmen und falls dessen Rückzahlung aus den Mitteln der Bank binnen Jahresfrist nicht möglich werden sollte, denselben aus eigenen Mitteln zu ersetzen mich verbindlich mache." Unter dem 8. Juli 1846 erkannte R. das aufgestellte Contocorrent mit einem Passivsaldo von fl. 6185. 57 kr. an. G. behauptet ferner, obige Hypothekenurkunde sei ihm von R. überlassen worden.

G. erhebt Klage auf Bezahlung der Hälfte obiger Summe sammt Zinsen und Erlassung eines Zahlungsmandats an den Insatzschuldner; R. bestritt die Verpflichtung, die Summe zu zahlen, und die Ehefrau des R. verlangte interveniendo die Herausgabe der ihr eigenthümlich gehörenden Hypothekenurkunde.

Das Stadtgericht erkannte am 8. April 1853:

I die Forderung des Klägers an den Beklagten ist mit fl. 3092. 53 kr. nebst 5% Zinsen seit dem 8. Juli 1846 liquid und wird dem Letztern zur Berichtigung seiner Schuld eine Frist von 14 Tagen vorberaumt.

II Würde Kläger binnen 14 Tagen vorbehältlich des Gegenbeweises darthun, „daß die auf — haftende zweite Hypothek von fl. 4000 auch ihm zur Deckung seiner persönlichen Forderung an

den Beklagten von diesem übergeben worden sei," so soll in dieser Beziehung weiter ergehen, was Rechtens.

III Führt der Kläger diesen Beweis, so wird die Intervenientin mit ihren Ansprüchen an die mehrgedachte Hypothekenurkunde abgewiesen. Führt er diesen Beweis nicht, so hat er diese Urkunde binnen 14 Tagen an die Intervenientin herauszugeben.

IV Der Kostenpunkt bleibt ausgesetzt.

Die Appellation des Klägers wurde vom Appellationsgericht am 15. Juni 1853 verworfen, unter Verurtheilung des Klägers zum Kostenersatze, die Appellation der Beklagten bestätigte an demselben Tage das stadtgerichtliche Erkenntniß mit dem Zusatze ad I, Beklagter könne denn in gleichem Termine beweisen, „daß Kläger ganz oder in wie weit aus den Eingängen der — Bank Befriedigung erhalten habe." — Compensation der Kosten.

Das Oberappelationsgericht bestätigte auf Oberappellation des Klägers am 30. Nov. 1853, unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz, das appellationsgerichtliche Urtheil, normirte jedoch den stadtgerichtlichen Beweis sub II dahin, „daß die auf — haftende Hypothek dem Kläger zur Deckung der von ihm der — Bank gemachten und zu machenden Vorschüsse von dem Beklagten an Zahlungsstatt abgetreten worden sei."

71. Einrede der Zahlung in allgemeinen Worten bei Verhältnissen vorgeschützt, bei denen man sich nicht genauer auszudrücken im Stande ist. Zeitbestimmung zu Gunsten des Schuldners beigefügt.

Der Kläger verlangt mittelst seiner zweiten Beschwerde in gegenwärtiger Instanz die Aufhebung des von dem Appellationsgerichte dem Beklagten nachgelassenen Beweises gänzlicher oder theilweiser Tilgung der klägerischen Forderung mittelst Zahlung. Dieser Beweis darf

1. nicht schon aus dem Grunde verworfen werden, weil die Einrede der Tilgung der Schuld nicht mit ausreichender Bestimmtheit in der Vernehmlassung vorgetragen sei. Der Beklagte beabsichtigte, seine Zahlungsverbindlichkeit an Kläger von einer Rechnungsstellung des Letztern abhängig zu machen. Mit dieser Auf-

fassung ist er in den Gründen zum ersten Erkenntniß Nr. IV (Hier heißt es: Auch das Verlangen des Beklagten, daß der Kläger über die aus der Anstalt bezogenen Gelder Rechnung stelle, ist nicht begründet, weil der Kläger als Creditor dem Bürgen oder Intercedenten gegenüber nicht das Fortbestehen seiner Forderung, vielmehr der Letztere deren Tilgung nachzuweisen hat, zu welchem Behufe der Kläger zur Vorlage der Bücher der — Bank sich bereit erklärt, und weil abgesehen hiervon der Beklagte in der Schlußerklärung nicht widersprochen hat, daß sein Nachfolger in der Rendantur B. gewesen sei, dem Kläger mithin eine Rechnungspflicht in dieser Beziehung nicht obliegt und derselbe überdies in der Replik behauptet hatte, daß sein Guthaben sich bereits jetzt nicht vermindert, sondern erhöht habe, was gleichfalls in der Duplik nicht gehörig widersprochen worden ist) mit Recht zurückgewiesen worden. Bei jener Auseinandersetzung findet sich nur die Behauptung, Kläger, welcher seit dem zweiten Semester 1845 alle Beträge von den Versicherten selbst eingenommen habe, werde „begreiflicherweise" damit fortgefahren haben und „gewiß" für seine Vorschüsse schon vollständig gedeckt sein. Hierin findet sich die Zahlungseinrede dahin, daß Kläger bereits befriedigt sei, mit ausreichender Bestimmtheit ausgesprochen, indem jene virgulirten Worte nicht dahin zu deuten sind, daß Beklagter darüber schwankend gewesen sei, ob eine Zahlung wirklich stattgefunden habe, sondern sich auf die Zeit, wo Beklagter das Geschäft bereits verlassen hatte, beziehen, in Bezug auf welche es ihm ohne Einsicht der Bücher nicht möglich war, sich bestimmter auszudrücken. Jedenfalls ist die Absicht des Beklagten durch die Art und Weise, wie er sich p. 9 seiner Schlußerklärung ausdrückt, außer Zweifel gesetzt, indem er hier unumwunden sagt, es sei ihm bekannt, daß Kläger zum großen Theil zum Ersatze seiner Vorlagen schon gelangt sei und dieselben vielleicht ganz gedeckt habe.

Ebenso wenig darf

2. der Beweis dem Beklagten um deßwillen abgeschnitten werden, weil bereits das Gegentheil des Beweisthemas erwiesen vorliege. Abgesehen nämlich davon, daß vom 27. Juli 1845 bis zum 8. Juli 1846 kein volles Jahr verflossen ist und es daher jeden=

falls möglich gewesen wäre, daß eine Befriedigung des Klägers aus den Mitteln der Bank in dem Zeitraume vom 8. bis zum 27. Juli 1846 erfolgt sei, so dürfen auch die in der Urkunde vom 27. Juli 1845 vorkommenden Worte „falls die Rückzahlung des vorgeschossenen Betrags aus den Mitteln der Bank binnen Jahresfrist nicht möglich sein sollte" so verstanden werden, daß der Beklagte sich auf spätere Eingänge nicht sollte berufen dürfen, vielmehr zu zahlen verpflichtet sein und seinen Antheil an jenen Eingängen von der — Bank zurückfordern müssen. Der Termin ist vielmehr nur zu Gunsten des Schuldners hinzugefügt: er soll vor Jahresfrist aus den bisherigen und späteren Vorschüssen an die Bank nicht belangt werden dürfen. Wenn er als correus debendi davon hätte ausgeschlossen werden sollen, eine seinem Gläubiger gewordene, das ganze Verhältniß ipso jure aufhebende Zahlung nicht für sich in Anspruch zu nehmen, so hätte es einer ausdrücklichen deßfallsigen Verabredung bedurft, welche nicht vorliegt. Endlich läßt sich

3. die fragliche Einrede nicht dadurch für beseitigt erachten, daß der Beklagte die in der Replik vorkommende Bemerkung, nach dem Abgange des Beklagten von der Rendantur sei das Guthaben des Klägers gestiegen, mithin von seinem früheren Guthaben nichts eingegangen, durch sein Stillschweigen in dem Schlußsatze eingeräumt habe; — zwar nicht, wie der Beklagte will um deßwillen, weil eine stillschweigende Anerkennung nicht vorliege, da in dem Schlußsatze der Inhalt der Vernehmlassung wiederholt sei. Dieses würde nämlich nicht für ausreichend erachtet werden können, wenn es sich darum handelte, eine gehörig substantiirte Replik zu beantworten. Eine solche liegt aber nicht vor. Denn daraus, daß das Guthaben des Klägers nach dem Abgange des Beklagten von der Rendantur noch gestiegen ist, läßt sich darauf, daß von dem früheren Guthaben nichts eingegangen sei, kein Schluß ziehen. Vielmehr versteht es sich ganz von selbst, daß die etwaigen von dem Kläger nach dem Abgange des Beklagten von seiner Rendantenstelle der — Bank geleisteten Vorschüsse den Beklagten gar nichts angehen, und es kommt lediglich darauf an, ob und in wieweit durch das, was der Kläger an älteren Ausständen aus der Bank bezogen hat, seine

Forderung an den Beklagten gedeckt ward. Es muß demnach bei der Beweisauflage des Appellationsgerichts bewenden.

Das Appellationsgericht äußerte sich:

Es steht sonach die Schuld des Beklagten mit fl. 3092. 53 kr. sammt Zinsen fest. Es kann jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß diese Vorschüsse nur geleistet und jene Verbindlichkeit überhaupt nur in der Aussicht übernommen wurde, daß allmählig Deckung durch die Ausstände der Bank erfolgen werde. Wenn nun schon dieser Umstand an der Verbindlichkeit des Beklagten zur vollständigen Zahlung des liquidirten Betrags von fl. 3092. 53 kr. nichts ändert, so darf doch nicht übersehen werden, daß die Aktivforderungen der — Bank an die Versicherten, welche an dem Ende obigen Jahres, also am 8. Juli 1846 bestanden, als gemeinschaftliches Deckungsmittel für jene Vorschüsse zu erachten sind und insofern dieselben eingehen oder bereits eingegangen sind, zur Hälfte dem Beklagten gebühren. Letzterer behauptet nun, der Kläger habe nach des Beklagten Abgang von der Rendantur Gelder der Anstalt erhoben und sei vollständig für seine Vorschüsse gedeckt und es gereicht daher dem Beklagten zur Beschwerde, daß ihm der Beweis dieser von dem Kläger verabredeten Thatsache nicht nachgelassen worden ist.

72. Cession und Verpfändung einer Hypothek.

Anders verhält es sich mit dem Verlangen des Klägers, daß der in dem Stadtgerichts-Urtheil unter II. ihm auferlegte Beweis anders gefaßt werde.

Auszugehen ist hier von dem Rechtssatze, daß Cession und Verpfändung einer Hypothek, wenngleich in manchen Beziehungen ihren Folgen nach übereinstimmend, verschiedene Rechtsinstitute sind. Sollte daher der Kläger die Erstere behauptet haben, so hatte der Richter nicht die Befugniß, in dem Beweissatz, wie nach Inhalt der in den Gründen gegebenen Erläuterungen angenommen werden muß, die Verpfändung zu substituiren. Es fragt sich daher, wohin die Behauptung des Klägers gegangen ist. Der von ihm in der Klagschrift gebrauchte Ausdruck „Ueberlassung" ist nun an sich von der Beschaffenheit, daß man darunter einen Kauf,

oder eine Hingabe an Zahlungsstatt als causae einer Cession mindesten ebensowohl, wie eine Ueberlassung zum Pfande verstehen kann. Auch folgt daraus, daß nach [7] die fragliche Hypothek der Bank als Caution verpfändet sein dürfte, noch keineswegs mit Sicherheit, daß dasselbe Rechtsverhältniß mit dem Kläger zur Sicherung seiner Privatforderung eingegangen sei. Vielmehr ist es ebensogut möglich, daß eine bedingte Hingabe an Zahlungsstatt für den Fall, daß Kläger in die Lage kommen sollte, den Beklagten aus der Urkunde vom 27. Juli 1845 in Anspruch zu nehmen, in der Absicht der Contrahenten gelegen hat, von welchem Rechtsgeschäft die Cession Selbstfolge sein würde, da es nach neuestem römischen und heutigen Rechte des in der Cession enthaltenen Mandats, die Forderung für sich geltend zu machen, nicht mehr bedarf. Nachdem nun der Beklagte in seiner Vernehmlassung sich darauf beschränkt hatte, eine Ueberlassung der Hypothek in Abrede zu nehmen, ohne auf die Verschiedenheit der in einer solchen Ueberlassung möglicherweise liegenden Rechtsverhältnisse hinzuweisen, indem er nur einmal beiläufig jene Ueberlassung als Verpfändung bezeichnet, hat der Kläger in seiner Replik zu wiederholten Malen die Ueberlassung als Basis einer Cession bezeichnet, und eine Verpfändung, wenn auch nur in dem Theile der Replik, der sich mit der Intervention beschäftigt, ausdrücklich in Abrede gestellt. Gegen diese Auffassung ist aber von dem Beklagten in der Schlußerklärung keine Einwendung gemacht worden. Es läßt sich daher nicht erklären, weßhalb die Gründe der beiden vorderen Instanzen die Verpfändung der Hypothek der Cession auf Grund einer bedingten Hingabe an Zahlungsstatt substituirt und darnach den Beweis normirt haben. Der Kläger hat also ein Recht darauf, daß solches seinen Auslassungen gemäß geschehe, wobei es jedoch für angemessen erachtet werden mußte, die Ausdrücke „an Zahlungsstatt abtreten", da sie das behauptete Rechtsverhältniß technisch bezeichnen, statt des von dem Kläger gewünschten „(zur freien Verfügung) überlassen" in den Beweissatz aufzunehmen und dem von dem Kläger gemachten Vorschlag „zum Behufe der Aufbringung der benöthigten Geldmittel und der daraufhin gemachten baaren Vorschüsse" im Anschluß an die Fassung der Urkunde vom

27. Juli 1845 Folgendes zu substituiren „zur Deckung für die der Bank gemachten und zu machenden Vorschüsse", indem hierdurch zugleich das Bedenken des Klägers gehoben wird wider eine Fassung des Interlocuts, die so gedeutet werden könnte, jene Hingabe an Zahlungsstatt habe nur Statt gefunden zur Deckung damals schon bestandener Ansprüche.

Das Stadtgericht sagte:

V. Anlangend die Ansprüche des Klägers an die auf — haftende zweite Hypothek von fl. 4000 und die deßfallsige Intervention der Ehefrau des Beklagten, so wurde diese Hypothek laut der unter [7] zu den Akten gekommenen Urkunde vom 10. Mai 1843 zunächst nur der — Bank als Dienstcaution Seitens des Beklagten übergeben. Die Behauptung des Klägers, daß jene Pfandverschreibung auch ihm persönlich zum Behufe der Aufbringung der nöthigen Geldmittel oder, wie er sich in der Replik ausdrückt, zu seiner Deckung und freien Verfügung überlassen worden sei, kann höchstens in dem Sinne verstanden werden, daß dem Kläger an seiner Hypothekforderung ein Privatpfandrecht mittelst Aushändigung der Urkunde eingeräumt worden sei; denn eine förmliche Cession hätte mit bestimmten Worten behauptet werden müssen.

Das Appellationsgericht äußerte sich:

Wenn der Kläger in seiner Klagschrift sagt: „der Beklagte habe ihn vermocht, unter Ueberlassung der fraglichen, zugleich als Rendanten-Caution bestellten Hypothek zum Behuf der Aufbringung der nöthigen Geldmittel verschiedene baare Vorschüsse zu machen, unter dem Versprechen, dem Kläger davon die Hälfte ersetzen zu wollen, falls die Rückzahlung aus den Mitteln der Casse nicht binnen Jahresfrist vom 27. Juli 1845 an bewirkt würde", so zeigt das ganze Verhältniß und namentlich der Nachsatz, daß die Hypothek ihm nicht an Zahlungsstatt überlassen war, sondern nur als Pfand für die Hälfte desjenigen Betrages dienen sollte, welchen Kläger vorlegen würde und welcher bis zum 27. Juli 1846 durch die Mittel der Kasse nicht ersetzt sein sollte.

Diese Uebergabe der Hypothekenurkunde konnte auch einen anderen Sinn gar nicht haben, da eine eigentliche Schuld noch

gar nicht festgestellt war und nach der Urkunde erst ein Jahr später festgestellt werden konnte.

73. Zahlungsmandat an einen außerhalb des Rechtsstreites stehenden Dritten.

Es war dem Verlangen des Klägers nicht zu entsprechen, die fragliche Hypothekforderung bis zum Belaufe seiner Forderung ihm zuzuerkennen und den Insatzschuldner zu deren Auskehrung anzuweisen. Diese Beschwerde umfaßt zweierlei:

1. dem Beklagten gegenüber verlangt der Kläger eine sofortige Verurtheilung nach seinerseits geführtem Beweise. Allein wenngleich das Stadtgericht unter III über die Folgen des unter II auferlegten Beweises in Betreff der Intervenientin erkannt hat, so ergibt sich daraus noch nicht, wie Appellant vermeint, dessen Verpflichtung, dem Beklagten gegenüber ein Gleiches zu thun. Vielmehr entspricht die Befugniß des Richters, das Resultat einer Beweisführung dem Erkenntniß vorzubehalten, bekannten prozessualischen Grundsätzen; dieses ist hier geschehen, und der Kläger hat sich nicht darüber zu beschweren, indem ihm bis dahin überall nichts aberkannt worden ist.

2. Dem Käufer der verpfändeten Mühle gegenüber verlangt der Kläger ein sofortiges Zahlungsmandat, sobald er den ihm unter II auferlegten Beweis erbracht haben werde. Hierbei übersieht derselbe zunächst den Umstand, daß nach seinem eigenen Vorbringen in der Replik die der — Bank geleistete Caution, insoweit Beklagter der Gesellschaft, wie Kläger behauptet, noch verhaftet ist, von der fraglichen Insatzforderung vor der klägerischen Forderung zu befriedigen sein wird. Sodann aber ist das verlangte Zahlungsmandat an einen außerhalb des Rechtsstreites stehenden Dritten überhaupt nicht gerechtfertigt. Der Kläger geht bei seinem Verlangen offenbar von der irrigen Ansicht aus, die Zuerkennung einer Forderung stehe mit der Zuerkennung einer Sache zum Eigenthume auf einer Stufe; dieses ist jedoch nicht der Fall. Durch den geführten Beweis kommt Kläger in die Lage zum Betrag seiner Forderung, welche er an den Beklagten hat, als Cessionar des Beklagten als Cedenten, in Betreff einer dem Letzteren gegen einen

Dritten zustehenden zugleich hypothekarisch gesicherten Forderung betrachtet zu werden. Der Inhaber des Objekts der Hypothek ist der debitor cessus in Betreff der accessorischen aus der Verpfändung entstehenden obligatio. Gegen diesen ist der Kläger alsdann berechtigt, mit der hypothekarischen Klage als Cessionar aufzutreten, und wird sich von ihm die einem debitor cessus etwa zustehenden Einreden gefallen lassen müssen. Von einem sofortigen Zahlungsmandat an diesen Dritten kann daher nicht die Rede sein.

XXXIII.

Joh. Ph. Klingler, Ehefrau, Elisabeth, geb. Wallstein dahier, Interventientin
ad causam
Künzer u. Comp. zu Freiburg im Breisgau, Klägers und Interventens
contra
Joh. Ph. Klingler dahier, Beklagten.

Der Sohn des Philipp Klingler trat als Reisender in das Geschäft von Künzer und Comp. Der Vater Klingler verbürgte sich dabei für ein etwaiges Deficit, das sein Sohn in der obigen Stellung machen würde. Die Philipp Klingler'schen Eheleute ließen ferner noch auf das in ihrer Ehe erkaufte, mithin gemeinschaftliche Haus Lit. O Nr. 152 eine Nichtveräußerungsclausel bis zur Erledigung der Bürgschaft in das Hypothenbuch eintragen.

Nachdem der Sohn des Ph. Klingler ein Deficit in seiner Stellung als Reisender von Künzer und Comp. gemacht hatte, wurde Ph. Klingler aus obiger Bürgschaft von den letzteren belangt und zur Zahlung des Deficits verurtheilt. Im Executionsverfahren nahmen Kläger Nachtung auf die dem Beklagten eigenthümlich gehörende ideelle Hälfte des Hauses Lit. O Nr. 152, welche zu versteigern auch dem Fiscal aufgetragen wurde.

Da auf dem fraglichen Hause eine Hypothekenschuld haftete, trat die Ph. Klingler'sche Ehefrau zur Wahrung ihrer eigenen sowohl, als der Rechte des Insatzgläubigers intervenirend auf, um die angesetzte Versteigerung der ideellen Haushälfte rückgängig zu machen.

Das Stadtgericht wies am 27. Juni 1853 die Intervention als ungegründet ab. Auf Appellation der Intervenientin sistirte das Appellationsgericht nach der mündlichen Verhandlung am 8. Juli 1853 das Executionsverfahren, bestimmte die Urtheilsverkündigung auf den 5. Aug. 1853, bestätigte aber an diesem Tage, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz, das stadtgerichtliche Urtheil. Auf Oberappellation der Intervenientin wurde vom Oberappellationsgericht am 19. Dec. 1853 dieses letztere Erkenntniß, unter Verurtheilung der Intervenientin in die Kosten dieser Instanz, bestätigt.

74. Bürgschaftsschuld des einen Ehegatten als Eheschuld.

Geht man, was viel für sich hat, davon aus, daß

1) die hier in Frage stehende Schuld des Mannes, obschon formell nur allein von ihm übernommen, eigentlich als eine wahre Eheschuld nicht etwa bloß mit Rücksicht auf die Zeit ihrer Uebernahme, sondern auch nach ihrem Anlasse und Zwecke um deßhalb anzusehen wäre, weil die betreffende Bürgschaft, um dem Klingler'schen Sohn in dem klägerischen Geschäfte die vortheilhafte Stelle eines Reisenden zu verschaffen, nothwendig und gleichsam Bedingung der demselben damit eröffneten selbstständigen Versorgung war, solchenfalls aber die Verpflichtung zur Beihülfe beide Eltern trifft, und erwägt man zugleich

2) daß Intervenientin Inhalts der von ihr mitunterzeichneten Eingabe wegen der auf das gemeinschaftliche Haus einzutragenden Nichtveräußerungs- rc. Clausel mit der vom Manne übernommenen Haftungsverbindlichkeit bekannt und durchaus einverstanden gewesen ist, so erscheint

3) die Beschränkung der von den Klägern nachgesuchten Execution und des ihnen auf Grund ihrer Nachtungsklage zuerkannten Pfandrechts auf des Ehemanns Antheil an dem unbestrittener-

maßen von den Klingler'schen Eheleuten während ihrer Ehe erkauften und auf beider Namen im Transscriptions-Buche eingetragenen Hause Lit. O Nr. 152 sogar als eine für die Intervenientin noch zu günstige Entscheidung. Denn daß für wirkliche Eheschulden, im Gegensatze der während der Ehe contrahirten Sonderschulden, das errungene Vermögen vollaus hafte und zwar auch dann, wenn äußerlich und formell bei dem für eheliche und gemeinsame Zwecke geschlossenen Rechtsgeschäft nur der Mann allein als Contrahent aufgetreten ist, und eine persönliche, auch mit ihrem etwaigen Sondergute (wovon übrigens hier nicht die Rede ist) zu deckende Verbindlichkeit der Ehefrau nicht anzuerkennen wäre, kann keinem Zweifel unterliegen.

75. Begriff der ehelichen Güterverhältnisse nach heutigem Frankfurter Rechte.

In welcher Weise die ehelichen Güterverhältnisse nach heutigem Frankfurter Rechte bezüglich der Errungenschaft aufzufassen seien, ob nämlich mit dem intervenientischen Sachführer für den gesammten Inbegriff aller während der Ehe errungenen Güter bis zu dem Zeitpunkte, wo die Ehe getrennt wird, oder ausnahmsweise während derselben eine Vermögens-Auseinandersetzung eintritt, immer noch von einer solchen sub- nnd objectiven Vermögens-Einheit auszugehen sei, bei welcher dem einzelnen Ehegatten je an den verschiedenen Sachen und Rechten, welche das gemeine Gut bilden, überall kein individuelles und selbstständiges Recht zustehe, oder ob, was die Grundlage der in den vorderen Instanzen ergangenen Entscheidungen bildet, an letzteren nach ideellen Quoten eine Eigenthums-Gemeinschaft oder Mitberechtigung des Einen, wie des Andern anzunehmen stehe, ist allerdings als ein sehr zweifelhafter Punkt anzuerkennen.

A. Für jene Auffassung hat man intervenientischer Seits nicht ohne Grund zunächst

1) darauf sich berufen, daß das errungene gemeine Gut, bei dessen Verhaftung für alle Eheschulden und weil jedem Ehegatten auf dereinstige Rückgewähr seines in die Ehe eingebrachten oder während derselben anerstorbenen, dem Gebrauche nach gleichfalls

beiden Ehegatten gemeinschaftlichen und insofern mit der Errungenschaft ein Ganzes bildenden Vermögens ein Anspruch zusteht, bis zu obigem Zeitpunkte nothwendig von wechselndem und unbestimmtem Werth-Betrage sei. Im engeren Sinne des Wortes wird sich daher allerdings, ob die Ehegatten errungenes Gut besitzen, und wie groß diese Errungenschaft sei, erst durch jene definitive Regulirung der Vermögens-Verhältnisse heraus- und feststellen. Auch hat sich

2) über die rechtliche Natur der an dem errungenen Vermögen und dessen jeweiligen einzelnen Bestandtheilen bestehenden Gemeinschaft in der Frankfurter Doctrin und Praxis eine bestimmte Ansicht noch nicht festgestellt, wenn schon, daß die eine, unter allen Umständen dem überlebenden Ehegatten verbleibende Hälfte der Errungenschaft nicht eigentlich jure **hereditatis** erworben werde, anerkannt wird.

Orth Anmerk. Bd. 3 p. 572.
Bender Handb. pag. 496. 497.
Souchay Anmerk. p. 959. § 985.

Noch weniger gewährt

3) die dortige Gesetzgebung hierüber einen klaren und unzweideutigen Ausspruch, ja nicht einmal in ihrer Ausdrucksweise einen verläßlichen Anhalt. Wird nämlich auch hie und da bezüglich jener Hälfte der Errungenschaft von einem „Behalten" und „Bleiben" gesprochen, vgl. Reform. III. 7. § 2, V. 5. § 9, so doch daneben auch von „erblich zufallen"; und ganz ähnliche, zugleich ebenso wechselnde Bezeichnungen kommen bei dem Rechte des Ueberlebenden auf die zugebrachte und anererbte fahrende Habe des Erstverstorbenen vor; ebendas. V. 4. § 3. 5.

Selbst die jedem Ehegatten in ebendas. V. 7 § 2. für „seinen halben Theil der errungenen Güter", gleichwie für die von ihm zugebrachten Vermögensstücke zugestandene Testirfreiheit gibt keinen sichern Anhalt, weil es wenigstens nicht ausgesprochen ist, ob nur die letztwillige An- und Zuweisung bestimmter Summen oder gewisser Quoten aus und an dem bei dereinstiger Vermögens-Regulirung sich endlich herausstellenden Werth-Betrage der Errungenschaft, oder auch eine letztwillige Zuwendung einzelner,

während der Ehe erworbenen Sachen, oder gleichmäßig beides gestattet sein solle.

B. Auf der andern Seite darf zunächst

1) schon dies nicht unerwogen bleiben, daß das zugebrachte Gut beider Ehegatten, obschon dem Gebrauche nach gemein und in Bezug auf Verwaltung mit dem errungenen Vermögen assimilirt, alleiniges Eigenthum desjenigen Ehegatten ist und bleibt, von welchem es herrührt. Sodann

2) kommt in Betracht, daß jene, den Gesammtbesitz, resp. Erwerb beider Ehegatten umfassende, mit fast unbeschränkter Dispositionsgewalt des Mannes verbundene, unterschiedslose sub- und objective Vermögens-Einheit, auf welcher in älterer Zeit fast überall und auch jetzt noch in einzelnen Statuten das eheliche Güterrecht beruht, ihren Grund vor Allem in der Mundial-Gewalt des Ehemannes hatte und noch hat, daß nun aber in Frankfurt die eigenthümlichen deutschen Grundsätze über die cura sexus überhaupt, wie über die cura maritalis insbesondere, dem römischen Rechte gewichen sind, letzteres auch mit seinem auf ganz anderer Basis beruhenden Dotalsysteme zu unbestrittener, wenn schon nicht unbeschränkter und unveränderter Anerkennung daselbst gelangt ist. Daher liegt es

3) dem Geiste des heutigen Frankfurter Rechts nicht fern, in der Gesammtheit des errungenen Guts zugleich ein actuelles Vermögen jedes einzelnen Ehegatten anzuerkennen, und auch je an den einzelnen Stücken, welche das gemeine Gut bilden, eine Mitberechtigung Beider anzunehmen, welche zwar während Fortbestandes der Ehe von ungewissem und wechselndem Werthe ist, auch erst mit Trennung der Ehe zu voller Realität gelangt, insbesondere bis dahin als eine nicht willkürlich auflösliche sich darstellt, und eine solche Befugniß zu directer einseitiger Disposition, wie sie bei der Societät und ähnlichen Communionsverhältnissen des römischen Rechts besteht und als unerläßlich gilt, keineswegs in sich schließt, welche auch zugleich für die Frau dadurch einer Beschränkung unterliegt, daß dem Manne als dem Haupte der Familie eine ziemlich freie Administrations-Gewalt zusteht, für welche Mitberechtigung sich aber doch, vorbehältlich dieser in der

ehelichen Gemeinschaft selbst begründeten Modificationen, kaum eine andere Rechts-Analogie darbieten würde, als die des römisch-rechtlichen condominii.

4) Ob für diese Auffassung sich eine directere Unterstützung theils daraus entnehmen lasse, daß die Reformation den Gegensatz des errungenen Guts in Reform. III. 6. § 2 damit bezeichnet, es sollten die nur von Einem der Ehegatten und zwar bloß mit eigenem Gelde erkauften Güter ihm und seinen Erben „allein zustehen und eignen", daß auch in Reform. III. 6, § 6 u. 7 die daselbst entschiedene Controverse, wie es mit Auseinandersetzung der aus zwei Ehen stammenden Kinder zu halten sei, wenn für ein in erster Ehe erkauftes Haus oder Hofgut die Währschaft alsbald, die Zahlung aber erst in zweiter geschehen wäre, oder wenn in letzterer auch erst die Währschaft erfolgte, dahin sich angegeben findet, es hätten bisher die Kinder derjenigen Ehe, in welcher die Währschaft geschehen, „auch den halben Theil an dem erkauften Gute wöllen bevor haben", mag eben so dahingestellt bleiben, als die Frage, welchen Werth es für die Interpretation des Frankfurter Rechts habe, daß in verwandten Statuten des fränkischen Rechts, und zwar gerade solchen, welche auch nur oder doch hauptsächlich eine Errungenschaftscommunion unter den Ehegatten kennen

> vgl. Euler die Fortbildung und Gestaltung des fränkischen ehel. Güterrechts in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. 10 p. 34 in fin. 44 in fin. 50 init. und in fin.,

die Ansicht zur Geltung gekommen ist, es bestehe für das Gemeingut eine communio juris nach ideellen Quoten.

76. Zwangsveräußerung der dem Ehemanne zustehenden ideellen Hälfte eines Hauses.

Jedenfalls erscheint der vorliegend von der Ehefrau interveniendo erhobene Widerspruch gegen das den Klägern an dem gemeinschaftlichen Hause für den Antheil des Mannes ertheilte richterliche Pfandrecht und gegen die weiter verfügte Zwangsveräußerung dieses Haus-Antheils in aller Weise grundlos, mag man für die eine oder die andere jener Ansichten sich erklären. Daß

1) auch das Miteigenthum zu Bestellung von Pfandsicherheit an und für sich geeignet sei, unterliegt nämlich keinem Zweifel,

vgl. Sintenis Handb. des gem. Pfandrechts § 18 p. 113 flg.

und alle die sonstigen Bedenken, welche der intervenientische Sachführer erhoben hat, stellen sich als durchaus verwerflich dar.

Wie nämlich

a. daraus, daß der Ehemann zu vertragsmäßiger Verpfändung einseitig nicht befugt sei, gegen die Zulässigkeit eines richterlichen Pfandes sich überall nichts folgern läßt, so ist auch

b. die Berufung darauf, daß eine dem vorliegenden Falle conforme Praxis nicht nachweislich sei, insofern ganz bedeutungslos, als nur auf entgegengesetzte, in contradictorio ergangene Entscheidungen etwas ankommen könnte. Vollends darf

c. der Einwand, daß, da der Pfandgläubiger nicht mehr Rechte erwerben könne, als der Pfandbesteller habe, nun aber dem Ehemanne während Bestandes der Ehe das Recht, auf Civil- oder Realtheilung zu dringen, fehle, Kläger eine Verwerthung des verpfändeten Haus-Antheils um so weniger verlangen könnten, als in Folge dessen die Intervenientin zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit einem Fremden, sei dies nun der etwaige Käufer des Hausantheils oder das klägerische Handlungshaus, wenn ihm das Pfand zugeschlagen würde, sich genöthigt sähe, als ganz verkehrt bezeichnet werden. Denn jener Ausschluß des Mannes vom Theilungsrecht hat ja nur in dessen persönlicher Stellung und Qualität als Ehemann, nicht in der rechtlichen Natur seines Miteigenthums ihren Grund; auch wird begreiflicher Weise durch Uebergang des halben Hauseigenthums auf die Kläger oder auf einen Dritten an sich das persönliche und Güter-Verhältniß der Intervenientin zu ihrem Manne so wenig geändert, als, was der Sachführer gleichfalls ohne allen Grund vorgibt, ihr obligatorisches Verhältniß zu dem Insatzgläubiger. Vielmehr werden die bestehenden Rechtsverhältnisse keine weitere Modification erleiden, als daß der ideelle Hausantheil des Mannes aus der Errungenschafts-Gemeinschaft ausscheidet, damit aber der Betrag des gemeinen Guts sich um den Werth jener Hälfte mindert, und daß die In-

terventientin, so wie durch sie der Ehemann, außer und neben der zwischen ihnen selbst für den Antheil der ersteren fortbestehenden ehelichen Gütergemeinschaft, bezüglich des Mannes-Antheils auch noch mit dessen neuem Erwerber in gewöhnlicher Miteigenthums-Gemeinschaft stehen werden. Gleichergestalt wäre aber auch

2) dann die Abweisung der Interventientin als unvermeidlich anzuerkennen, wenn man mit dem interventientischen Sachführer davon ausgehen wollte, daß hinsichtlich des errungenen Vermögens nicht sowohl jedem Ehegatten ein selbstständiger Eigenthums-Antheil an den einzelnen derzeit dazu gehörigen Gütern und Sachen selbst, als vielmehr nur auf den dereinst bei Auflösung der Ehe und Gütergemeinschaft nach Tilgung aller auf dem gemeinen Gut lastenden Verbindlichkeiten sich herausstellenden bis dahin in quanto ganz ungewissen Reinwerth desselben ein zwar unentziehbares, aber doch erst künftiges Anrecht zur Hälfte beigelegt werden könne. Denn hieraus dies zu folgern, wie es interventientischer Seits geschieht, daß sowohl freiwillige Verpfändung, wie Nachtung der Errungenschafts-Güter für den Augenblick und bis zu jener dereinstigen Vermögens-Regulirung den Ehegatten gegenüber keine andere Wirkung habe, als daß dieselben zum Nachtheile des Gläubigers keine weitere Verringerung des gemeinen Guts, als dermalen schon geschehen und gegeben sei, mit rechtlichem Effecte herbeiführen könnten, würde das seltsame Resultat ergeben, daß die Erfüllung aller Schulden des Mannes, ungeachtet es während der Ehe an Deckungsmitteln zu keiner Zeit fehlte, doch ganz von dem guten Willen der Ehegatten abhinge, und diese ihren Creditor durch einfachen Widerspruch zur Stundung nöthigen könnten. Das höchste daher, was man von obigem Standpunkte aus zugeben könnte, wäre dies, bei der gegen den Ehemann verfügten Execution in das errungene Gut der Ehefrau mit

Malss zum Güterrecht der Ehegatten rc. 3. Beitr. p.38 flg. ein Interventionsrecht für den Fall zu geben, wenn sie nachzuweisen vermöchte, daß und wie weit bei einer dermalen etwa angelegten Regulirung der Güterverhältnisse das errungene Gut von denjenigen Ansprüchen, welche ihr selbst wegen Restitution des Eingebrachten, oder, welche anderen und besseren Gläubigern zuständen, absorbirt werde, und daß daher in Wirklichkeit die Execu-

tion nicht in das errungene Gut und das beiderseitige Vermögen, sondern in ihr privatives Sondergut verfügt sei und vollstreckt werden würde. An solchem Nachweise fehlt es nun aber vorliegend durchaus, und hat Intervenientin nicht einmal, daß ihr überhaupt für zugebrachtes Gut ein Restitutions-Anspruch zur Seite stehe, bestimmt zu behaupten vermocht, daher es auch einer näheren Prüfung jener von Malss aufgestellten Ansicht nicht weiter bedarf.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung daß

1. der Beklagte mit seiner Ehefrau das Haus Lit. O Nr. 152 seiner Zeit erkauft und somit die ideale Hälfte dieses Hauses eigenthümlich erworben hat; daß

3. der Umstand, daß die intervenientische Ehefrau des Beklagten Eigenthümerin der anderen idealen Hälfte des Hauses ist, die Kläger an der Geltendmachung des erlangten richterlichen Pfandrechtes und daher auch an der Zwangsversteigerung des Pfandobjekts nicht hindern kann; daß

4. ebensowenig die solidarische Verbindlichkeit, welche die Intervenientin als Mitinsatzschulderin, dem ersten Insatzgläubiger gegenüber, übernommen gehabt hat, das Pfandrecht der Klägerin berührt, als es der Intervenientin zusteht, das übrigens durch das klägerische Vorschreiten in keiner Weise gefährdete Recht des ersten Insatzgläubigers zu vertreten.

Das Appellationsgericht ging von der Erwägung aus, daß

1. der Beklagte mit seiner Ehefrau das Haus Lit. O Nr. 152 seiner Zeit erkauft hat, dieses Haus somit, seinem Erwerbstitel nach beiden Theilen gemein ist, Ref. III. Tit. 6, § 1;

2. der Antheil des Beklagten an diesem Hause, nach gesetzlicher Präsumtion, in der Hälfte desselben besteht;

3. die Intervenientin nichts angeführt hat, woraus sich eine andere Betheiligung ihres Ehemanns an dem fraglichen Hause ergeben könnte;

4. die Betheiligung der Intervenientin an dem Eigenthum und der Benutzung jenes Hauses den Kläger an der Geltendmachung seines an dem Antheil des anderen Betheiligten erworbenen Pfandrechtes nicht hindern kann.

XXXIV.

Conrad Krämer zu Oberrad, Civiladhärent
contra
Daniel Huber II, ebendaselbst, Inculpaten,

zur Untersuchungssache gegen den Letzteren wegen Verwundung des Ersteren.

D. Hubert II. hatte am 7. Mai 1852 den C. Krämer mit einem Peitschenstiele am Auge verwundet. Zu der eingeleiteten Untersuchungssache trat C. Krämer als Civiladhärent auf, um Entschädigungsansprüche geltend zu machen. Das Appellationsgericht erkannte am 1. November 1852:

„es wird Huber, Läugnens ungeachtet, der Verwundung des Krämer für schuldig erkannt und hierfür unter Verschonung mit weiterer Strafe

1. zur Zahlung der Kurkosten des Krämer mit fl. 54. 1 kr., ferner

2. zum Ersatze für versäumte Arbeit vom 7. März bis 8. Mai zu fl. 1 für jeden Tag, wenn Krämer deren Betrag, oder wie viel weniger noch eidlich erhärtet haben wird, endlich

3. zur Tragung der Untersuchungskosten verurtheilt;

4. Krämer wird mit seinen weiteren Entschädigungsansprüchen abgewiesen."

Auf Appellation des Krämer änderte das Oberappellationsgericht am 22. November 1853 unter Compensation der Kosten dieser Instanz den passus 4 des vorigen Urtheils dahin ab, daß

1. der Appellat dem Civiladhärenten die dem Letzteren in erster Instanz durch den Beistand eines Anwalts erwachsenen Kosten nach richterlicher Feststellung zu erstatten verbunden sei;

2. in Betreff der Forderung von fl. 2000 wegen bleibenden körperlichen Nachtheils und gestörten Fortkommens der Civiladhärent binnen einer vom Appellationsgericht vorzuberau-

menden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises darzuthun habe, „daß und in welchem Maße der Verlust der Sehkraft seines linken Auges auch noch nach dem 8. Mai 1852 eine bleibende oder vorübergehende Verminderung seiner Arbeitsfähigkeit zur Folge gehabt habe;" und im Falle der Führung dieses Beweises wegen richterlicher Festsetzung der Entschädigungssumme und etwaiger eidlicher Bestärkung derselben durch den Civiladhärenten vom Appellationsgerichte weitere Verfügung zu erlassen sei.

77. Entschädigungsanspruch wegen Körperverletzung. Beweis der Beschädigung. Eid über die Höhe der Entschädigungssumme.

Ist es — — für erwiesen zu halten, daß die Verwundung des Krämer durch eine schuldvolle Handlung des Huber herbeigeführt wurde, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Letztere, ohne daß auf den Grad seiner **culpa** etwas ankommen könnte (vergl. **L. 31. L. 44. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2.**), zum vollen Schadensersatze verbunden ist. Denn die **actio legis Aquiliae** geht auf das ganze Interesse des Beschädigten (**L. 21. § 2. L. 22. D. eod.**), somit auch auf einen entgangenen Gewinn, sobald derselbe als ein hinreichend sicherer betrachtet werden kann (**L. 23. pr. § 2. L. 33. pr.**; vergl. mit **L. 29. § 3. D. eod.** v. Vangerow, Pand. **III. p. 42 ff.**).

Insbesondere wird bei Körperverletzungen ausdrücklich anerkannt, daß nicht bloß Ersatz der Kurkosten, sondern auch Vergütung des während der Heilung versäumten Arbeitslohnes, sowie des durch vernichtete oder geschmälerte Arbeitsfähigkeit für die Zukunft entgehenden Erwerbes gefordert werden kann; **L. 7 pr. D. eod.** vergl. mit **L. 3 D. si quadrup. (9, 1)** und **L. ult. D. de his qui effud. (9, 3)**

Prüft man hiernach die jetzt in Frage stehenden einzelnen Entschädigungsansprüche, so ist

1. die von Krämer geforderte Erstattung der ihm durch Bestellung eines Anwalts in erster Instanz erwachsenen Kosten begründet, da es demselben unbezweifelt frei stehen mußte, zur gehörigen Verfolgung seiner Civiladhäsion einen Anwalt anzunehmen, und

die deßhalb aufgewendeten Kosten als eine Folge der widerrechtlich erlittenen Verletzung angesehen werden müssen. Ebenso begründet erscheint an sich

2. der Anspruch auf eine Entschädigung für verminderte Arbeitsfähigkeit. Allein nicht nur fehlt es für die geforderte Summe von fl. 2000 zur Zeit an jedem Beleg, sondern es ist auch die thatsächliche Grundlage des ganzen Anspruches (nämlich die Behauptung des Krämer, daß seine Arbeitsfähigkeit auch nach seiner mit dem 8. Mai vorigen Jahres beendigten Heilung für immer oder vorübergehend noch eine verminderte geblieben sei, indem er seine frühere Profession als Kunstgärtner nicht mehr oder doch nicht mehr im vorigen Umfang betreiben könne) sowohl in der Vertheidigungsschrift des Huber, als in der Vernehmlassung jetziger Instanz in Abrede gestellt worden, und ein Beweis dafür liegt in den bisherigen Akten ebensowenig vor, als ein Gegenbeweis. — — —

Das in der Schlußbitte des Appellationslibells enthaltene Erbieten zum Würderungseide kann den Civiladhärenten des ihm obliegenden Beweises nicht entheben. Das **juramentum in litem** ist bei der **actio legis Aquiliae** unstatthaft, und obwohl dadurch nicht ausgeschlossen wird, vielmehr auch im vorliegenden Falle ganz angemessen sein kann, daß die Höhe der Entschädigungssumme zum Behuf einer richterlichen Festsetzung vom Beschädigten eidlich bestärkt werde,

vgl. Frankf. Präjudicat Westbrook c. Dettmer 1843

so setzt dies doch immer den vorgängigen Beweis der erlittenen Beschädigung selbst voraus.

Das Appellationsgericht ging von der Erwägung aus:

12. daß hiernach Huber zwar wegen Ueberschreitung der Nothwehr und wegen Verwundung des Krämer zum Ersatz der Kurkosten und der Versäumniß des Krämer zu verurtheilen, dagegen mit weiterer Strafe zu verschonen, auch zu einiger Entschädigung des Krämer wegen bleibenden körperlichen Nachtheils nicht verbunden ist, da sich denselben Krämer als Urheber des ganzen Streites und des beregten Vorfalls selbst zuzumessen hat.

78. Das Criminalgericht ist für das Beweisverfahren in Civiladhäsionen die allein zuständige Behörde.

Uebrigens mußte davon ausgegangen werden, daß das angeordnete Beweisverfahren bei dem Appellationsgerichte, als dem Gerichte, vor welchem der Rechtsstreit begonnen hat und daher auch zu beendigen ist, einzuleiten sei, wie solches auch schon in früheren Fällen erkannt worden ist.

Untersuchungss. c. Umpfenbach. 1837.

Reinach c. Wissenbach. 1845.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1852.

XXXV.

Mannheim u. Comp. zu Hamburg, Klägerin u. Widerbeklagte
contra
A. Horwitz jun. dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Vergl. Nr. VII u. VIII.

S. J. Ballin, der Direktor einer industriellen Aktiengesellschaft zu Hamburg, welche Loose zu einer Waarenlotterie in sechs Abtheilungen herausgab, cedirte die ihm an seinen Agenten A. Horwitz zustehenden Forderungsrechte am 3. September 1850 an Mannheim u. Comp. Um dieses Guthaben zu realisiren, stellte Mannheim u. Comp. Klage aus der Cession gegen Horwitz jun. an. Beklagter suchte die Ansprüche zurückzuweisen

1. mit der Einrede, daß die Cession simulirt sei, indem Ballin und Mannheim u. Comp. Theilhaber jener Aktiengesellschaft seien und durch die Cession Ballin sich nur den Besitz ihm nicht gehöriger Gelder sichern wolle;

2. mit der Einrede der Retention, indem die Lotterie nach Ziehung der dritten Klasse polizeilich verboten worden sei, er deßhalb für die weiteren Klassen seine und seiner Agenten Reklamationen vorbehalten müsse, auch an einige Agenten Bürgschaft für richtige Einhaltung des Lotterieplanes geleistet habe;

3. mit der Einrede der Compensation, weil ihm einige Forderungen an die industrielle Aktiengesellschaft cedirt worden seien, die er nunmehr gegen Klägerin geltend mache;

4. mit einer Widerklage, in welche er die sub 2 und 3 einredeweise geltend gemachten Ansprüche fordere.

Das Stadtgericht erkannte am 23. April 1851:

Daß Beklagter schuldig sei, binnen 4 Wochen der Klägerin die eingeklagten Beträge nebst Verzugszinsen zu zahlen, er könne denn binnen 14 Tagen, vorbehältlich des Gegenbeweises, erweisen, daß

die — Cession der eingeklagten Forderung an die Klägerin nur simulirt sei.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 18. Juni 1851:

Beklagter ist zu dem ihm in dem stadtgerichtlichen Dekrete nachgelassenen Beweise nicht zuzulassen, vielmehr schuldig — zu zahlen und die Kosten der ersten Instanz, sowie die Kosten dieser Instanz, so weit sie durch seine eigene Appellation veranlaßt worden sind, zu ersetzen, während, so viel die Appellation des Klägers anlangt, die Kosten verglichen werden.

Auf Oberappellation des Beklagten wurde vom Oberappellationsgericht am 9. Januar 1852 dies Urtheil mit dem Zusatze bestätigt, daß dem Beklagten vorzubehalten sei, bei dem Stadtgerichte eine gehörig zu begründende Widerklage in Betreff der in diesen Akten im Wege der Compensation geltend gemachten Forderungen anzustellen. Vergleichung sämmtlicher Kosten der Appellations- und gegenwärtigen Instanz.

79. Begründung der Einrede der Simulation.

Hätte sich der Appellant auf die Behauptung beschränkt, „die in Rede stehende Cession sei simulirt," so wäre seinem Verlangen, das stadtgerichtliche Urtheil wieder herzustellen, zu entsprechen gewesen, da das Oberappellationsgericht jene Behauptung für ausreichend und eine Angabe des Grundes der Simulation nicht für erforderlich achtet.

cf. Frankf. S. Nachlaßadministration des Landgrafen von Hessen c. Baruch. 30. September 1848. S. 25. 26. Entscheidungsgründe.

Er hat aber jener Einrede eine Begründung beigefügt, welche erkennen läßt, daß er über die Bedeutung der Einrede unrichtige Begriffe hegt. Denn:

a. die Behauptung, daß jene Cession zum Nachtheil der Agenten der industriellen Aktiengesellschaft geschehen sei, bildet, abgesehen davon, daß sich nicht erkennen läßt, worin jener Nachtheil bestehe, da eine Zahlungsunfähigkeit des Ballin nicht behauptet ist, die Grundlage der Einrede des Betrugs.

b. Die noch in gegenwärtiger Instanz wiederholte, jedoch appellatischerseits stets in Abrede genommene Aufstellung, Mannheim und Comp. sei bis zur Klaganstellung Gesellschafter des Ballin bei der industriellen Aktiengesellschaft gewesen, würde, erwiesen, nur die Folge haben, daß Ballin und Mannheim nach ihren Gesellschaftsantheilen auf die von dem Appellanten für die Gesellschaft eingenommenen Gelder berechtigt wären; die Cession wäre also für den eigenen Antheil des Mannheim nichtig, für den des Ballin gültig, simulirt überall nicht.

Da nun die Art und Weise, in welcher die Begründung der Einrede vorgetragen ist, erkennen läßt, daß sonstige Momente, aus denen sich eine Simulation entnehmen ließe, dem Appellanten nicht zur Seite stehen, der Beweisführung mithin ein erheblicher Inhalt fehlen würde, so war die Beschwerde zu verwerfen.

Das Appellationsgericht weist nach, daß dem Beklagten keine Retentionseinreden zur Seite stehen, indem das Gericht die Ansicht ausspricht:

Die Einrede der Simulation ist nur insofern in vorliegender Sache von einiger Relevanz, als der Beklagte zugleich damit ein Retentionsrecht hinsichtlich der in Händen habenden Gelder in Verbindung bringt und solches damit zu begründen versucht, daß diejenigen auswärtigen Agenten, welche den Betrag derselben an ihn bezahlt hätten, von ihm Rückzahlung und Entschädigung in Anspruch zu nehmen sich veranlaßt sehen konnten.

80. Begründung der Einrede der Retention.

Anlangend nun die Einrede der Retention, so stützt Appellant dieselbe

1. darauf, daß er vermöge seiner Stellung bei der in Rede stehenden Ausspielung den Abnehmern der Loose, Agenten wie Einzelnen gegenüber, für die Einsätze sowohl, wie für den aus der inhibirten Fortsetzung der Ausspielung erwachsenen und erwachsenden Schaden verantwortlich sei. Aus der eigenen Erklärung des Beklagten aber ergibt sich, daß er von Ballin nur mit der Begebung der (von Ballin für die einzelnen Agenten selbst verpackten) Aktienloose, mit der Vertheilung bezüglich Versendung

der gewonnenen Industriegegenstände und mit der Empfangnahme der Einlagebeträge beauftragt war. Er blieb hiernach gänzlich außerhalb der zwischen den Nehmern der Loose und deren Geber direkt entstandenen Obligationen, und war nur das Instrument, dessen sich die Contrahenten zu Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegenseitig bedienten. Es wird daher der Beklagte mit Erfolg von den Agenten des Ballin nicht in Anspruch genommen werden können. — Wenn er also auch von Einzelnen mit Klage bedrohet oder sogar belangt ist, so vermag dieses an der rechtlichen Bedeutung seiner Stellung nichts zu ändern. Auch hat er selbst in seinen Briefen diese Ansicht geltend gemacht, und seine Behauptung, daß er damals seine rechtliche Stellung noch nicht erkannt habe, kann eben so füglich auf sich beruhen, wie die, daß er durch die Bezahlung der Einlagegebühren für die Aktien der vierten Abtheilung Schuldner der Agenten um deßwillen geworden sei, weil die Ziehung sistirt und demnach die Voraussetzung der Zahlung nicht eingetreten sei.

2. Der Beklagte will aber auch um deßwillen retiniren, weil er sich einzelnen Agenten gegenüber für die Zahlung verbürgt habe. Dieser Behauptung jedoch steht die eigene Erklärung des Beklagten in dem Schreiben vom 30. August 1850 entgegen. Eine ausdrückliche Genehmigung der geleisteten Bürgschaften von Seiten Ballin's oder der jetzigen Klägerin ist überall nicht behauptet, und die von der Klägerin in Abrede gestellte stillschweigende, welche daraus abgeleitet wird, daß Beklagter im Sommer 1850 den Ballin von den übernommenen Bürgschaften in Kenntniß gesetzt und dieser dazu geschwiegen habe, ist, wenn nicht verspätet, weil erst in der Duplikenschrift vorgetragen, doch jedenfalls nicht hinlänglich begründet, da es an Thatumständen fehlt, aus denen sich entnehmen ließe, daß das Schweigen des Ballin als Einwilligung aufzufassen sei. Auch wird hieran durch den von dem Beklagten geltend gemachten Gesichtspunkt einer in rem versio nichts geändert. Zwar kann in einer ohne Auftrag oder Genehmigung des Schuldners geleisteten Bürgschaft eine Geschäftsführung liegen. Allein aus solcher wird im vorliegenden Falle ein Klage- oder Einrede-Recht wider den Schuldner sich

nicht ableiten lassen, da weder behauptet ist, daß der Bürge für ihn gezahlt und so von einer gegründeten Forderung befreit habe, noch daß jene Geschäftsführung dem Schuldner von Nutzen gewesen sei.

81. Compensationseinrede. Gegen liquide Forderungen können illiquide Gegenforderungen nicht compensirt, wohl aber retinirt werden. Retention verlangt Connexität der Forderungen.

Was die Einrede der Compensation, eventuell Retention betrifft, so hat der Appellant dieselbe auf vier im Monat Oktober 1850 von Agenten des Ballin ihm, dem Appellanten, ausgestellte Cessionen ihrer Forderungen gegen Jenen gestützt.

Allein:

1. als Compensationseinrede aufgefaßt, würden jene Forderungen der Agenten alsdann zu verwerfen sein, wenn sie nur gegen Ballin gerichtet wären, indem die Cessionen nach der am 12. September 1850 beschafften Denunciation der Cession der Ballin-Horwitz'schen Forderung von Mannheim Statt gefunden haben, und eine Ungültigkeit dieser Cession wegen Simulation (nach der Ausführung unter Nr. 79) nicht vorhanden ist. Nimmt man dagegen die obgedachte appellantische Behauptung der Gesellschaftsfortdauer zwischen Ballin und Mannheim, deren Wahrheit der Beklagte annoch zu erweisen hätte, als richtig an, so würden sich jene Forderungen der Agenten als Schulden nicht bloß des Ballin, sondern auch des Mannheim darstellen und eine daraus entnommene Einrede diesem aus eigener Person entgegenstehen, der Zeitpunkt ihrer Cession an Horwitz mithin unerheblich sein. Gegen diese Auffassung darf nicht eingewendet werden, daß der Appellant die aus seiner Behauptung sich ergebende Schlußfolgerung nicht gezogen habe, sowie daß jene Behauptung von dem Appellanten nur zur Begründung der Simulationseinrede vorgeschützt sei. Denn Appellant selbst hat diese mit dem Rechtsbestand der Cessionen in Verbindung gesetzt, und aus den von den Partheien behaupteten Thatsachen Schlüsse zu ziehen, gehört zum Amt des Richters. Dessenungeachtet durfte den Beklagten der Beweis jener Fortdauer des Gesellschaftsvertrages nicht auferlegt werden. Da nämlich der klägerische Anspruch durch das

Geständniß des Beklagten liquid gestellt ist, und von sonstigen Einredebeweisen nicht weiter abhängt, gegen liquide Forderungen aber illiquide Gegenforderungen, wenn solche, wie hier zu befinden war, Weiterungen herbeiführen würden, zur Compensation selbst im ordentlichen Prozesse nicht gebracht werden dürfen,

L. ult. § 1 C. de compens.

so war die Einrede der Compensation in dem gegenwärtigen Verfahren unberücksichtigt zu lassen.

Würde dagegen die gedachte Forderung

2. als Retentionseinrede aufgefaßt, so steht dieser zwar der so eben in Betreff der Compensationseinrede geltend gemachte Grund nicht entgegen, wie von dem Oberappellationsgericht wiederholt z. B.

in causa Francof. Stertz Erben c. Christ 1844.
Spohn c. Worms 1844.

erkannt worden ist: doch wird dieselbe durch den aus den Ausführungen unter II^a^ (Nr. 80 **sub** 1) sich jedenfalls ergebenden Mangel der Connexität beseitigt, da diese, wie gleichfalls von dem Oberappellationsgerichte mehrfach ausgesprochen ward, z. B.

in causa Francof. Stertz Erben cit.

zur Geltendmachung der Retention unerläßlich ist.

82. Widerklage gegen den Cessionar aus der Person des Cedenten. Verweisung der Widerklage ad separatum.

Von einer Widerklage in Betreff der unter II^a^. (Nr. 80 **sub** 1) beurtheilten Forderungen kann natürlich nicht die Rede sein, und ebensowenig ist, wie von dem Oberappellationsgerichte schon mehrfach ausgesprochen ward, z. B.

in causa Francof. Krauß contra Lejeune 1851.

eine Widerklage gegen den Cessionar aus der Person des Cedenten gestattet. Doch können die II^b^ (Nr. 80 **sub** 2) beurtheilten Forderungen, insoweit sie als Schulden des Klägers aufzufassen sind, an sich zum Fundament einer Widerklage dienen. Ganz abgesehen indessen davon, daß Appellant nur den Ueberschuß seiner Gegenforderungen widerklagend verfolgen zu wollen erklärt hat, und ein Ueberschuß den Ausführungen unter II^a^. (Nr. 80 **sub** 1)

zufolge, nicht mehr vorhanden ist, so mußte eine Widerklage in Betreff jener Forderungen zu besonderen Ausführungen um deßwillen verwiesen werden, weil über die Frage, ob und inwieweit Mannheim als Gesellschafter des Ballin den Agenten verhaftet sei, es in faktischer und rechtlicher Hinsicht an Verhandlungen fehlt, welche als ausreichende Grundlage einer sofortigen Beweisauflage betrachtet werden könnten.

83. Kostencompensation.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz waren wegen Verwickelung der in Frage stehenden faktischen und rechtlichen Momente, sowie, weil theilweise den Beschwerden des Appellanten entsprochen ist, zu vergleichen, und nicht minder aus gleichen Gründen die Vergleichung der durch die erste beklagtische Appellation herbeigeführten Kosten auszusprechen, wogegen es in Betreff der Kosten erster Instanz bei der deßfallsigen Verurtheilung des Beklagten zu belassen war, da er in der Vorklage unterlegen hat.

XXXVI.

M. A. L. Lehmann dahier, Kläger

contra

Gebr. Doctor dahier, Beklagte u. Litisdenuncianten und Bernh. Doctor, Ehefrau Fried. geb. Stiebel, Litisdenunciatin.

Durch Stadtgerichtsdekret vom 22. November 1848 wurde M. A. Lehmann zum Behufe der Hülfsvollstreckung wegen Wechselforderungen in einige angebliche Guthaben des Bernhard Doctor an die Handlung Gebrüder Doctor eingewiesen. Diese Guthaben sollen daher entstanden sein, daß eine Lotteriecollekte, die hier in Frage steht, zwar unter dem Namen Gebrüder Doctor (Inhaber, der Vater des Bernhard Doctor) geführt, aber von denselben nur Namens des Bernhard

Doctor verwaltet werde. Da die Gebrüder Doctor keine Zahlung aus dieser Einweisung leisteten, erhob Lehmann Klage gegen dieselben. Die beklagte Handlung verkündete der Ehefrau des Bernhard Doctor, der Frau F. Doctor, geb. Stiebel, den Streit, weil Erträgnisse der fraglichen Collekte bereits im Jahr 1843 zu deren und deren Kinder Alimentation bestimmt worden seien. Die Beklagte und die Litisdenunciatin, die in gemeinschaftlichen Schriftsätzen verhandelten, brachten folgende Einwendungen vor:

1. Bernhard Doctor habe keine Collekte und keine solche werde von Gebrüder Doctor verwaltet.

2. Beklagte producirte eine von B. Doctor ausgestellte Urkunde [7] act. des Inhalts, daß nachdem derselbe im Jahr 1838 durch Spekulationen sein Vermögen verloren und die Summe von fl. — fl. — **in summa** von fl. — von seinem Vater vorgeschossen und im Jahr 1840 weitere fl. — und die gleiche Summe, welche derselbe auf die von ihm übernommene Collekte für baare Auslagen zu fordern hatte, nachgelassen erhalten, so wolle der Vater abermals die Summe von fl. — bezahlen, dagegen

> „will ich das ausdrückliche Versprechen leisten und die feierliche Zusage machen in der Folge keine neue Schulden, sei es durch Ausstellung von Wechseln oder Schuldscheinen oder auf irgend eine andere Weise, mehr zu contrahiren.

Hieraus folgerte die Beklagte eine Schenkung, die eines Theils wegen Undankbarkeit des Beschenkten nunmehr revocirt werde, andern Theils **sub modo** (fernerhin keine Schulden zu machen) auferlegt und auch aus diesem Grunde revocirt werden könne. In letzter Instanz wurde noch geltend gemacht, daß diese Schenkung wegen mangelnder gerichtlicher Insinuation hinfällig sei.

3. Auf diese Summe, sowie weitere Liquidationen, namentlich der oben erwähnten Alimentation der Ehefrau und Kinder des B. Doctor wurde eventuell eine Compensationseinrede gegründet.

Das Stadtgericht erkannte am 26. September 1849:

A. Kläger habe — zu beweisen

> daß der hiesige Bürger und Handelsmann Bernhard Doctor mit seinem Vater, dem Inhaber der beklagten

Handlung, dahin übereingekommen sei, daß diese die von dem ersteren früher geführte und auf sie übergegangene Collekte — von der 95. Lotterie an für ihn, den Handelsmann Bernhard Doctor zu verwalten habe.

B. Würde Kläger diesen Beweis erbringen, so hat er — weiter zu beweisen, welche Erträgnisse — die fragliche Collekte von der 95. hiesigen Lotterie an geliefert hat.

C. Der Beklagten wird — nachgelassen zu beweisen:

a. welche Loose sie auf ihre alleinige Rechnung käuflich übernommen habe,

b. welche Beträge Bernhard Doctor ihr schuldig geworden sei,

c. welche Zahlungen sie der Ehefrau des Bernhard Doctor geleistet habe.

D. Dem Kläger wird ferner der Beweis — nachgelassen:

a. daß die in [7] erwähnten fl. — dem Bernhard Doctor von seinem Vater geschenkt worden seien,

b. daß und welcher Betrag der Gegenforderungen der Beklagten — in denen nach [7] act. von der Beklagten dem Handelsmann Bernhard Doctor für die übernommene Collekte mit fl. — geleisteten baaren Auslagen begriffen sei.

Auf Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten der Beklagten und Litisdenunciatin erkannte das Spruchkollegium zu München am 28. April 1851 unter Compensation der Kosten bestätigend, nur daß oben sub **D** dem Kläger noch der weitere Beweis nachgelassen wurde, daß die in [7] erwähnte Summe von **in summa** fl. — dem Bernhard Doctor von seinem Vater geschenkt oder erlassen worden seien, eventuell, daß und in wie weit der letzte für diese Summe von fl. — durch Verkauf spanischer Papiere sich bezahlt gemacht habe.

Auf Oberappellation der Beklagten und Litisdenunciatin bestätigte das Oberappellationsgericht am 27. Januar 1852 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten dieser Instanz dies Erkenntniß, machte jedoch den Zusatz, daß nach geführtem Beweise auch über die Wirkung des in dieser Instanz von den

Beklagten gerügten Mangels der Insinuation der von dem Kläger behaupteten Schenkungen zu erkennen sei.

84. Was heißt Eigenthümer einer Collecte sein? Vertrag in Betreff der Erträgnisse einer Collecte.

Zwar kann die Auffassung, auf die sich das Stadtgericht bei der Motivirung seiner Beweisauflage gestützt hat, daß nämlich die fragliche Collekte, obwohl dieselbe durch die Lotteriedirektion auf den Vater des Bernhard Doctor übertragen worden war, unter der Voraussetzung, daß die zum Beweis verstellte Uebereinkunft zu Stande gekommen, dennoch das Eigenthum des Sohnes geblieben sein würde, nicht gebilligt werden, vielmehr erscheint es mit einer von Seiten der Lotteriedirektion geschehenen Uebertragung der fraglichen Collekte auf den Vater von Bernhard Doctor unverträglich, daß dieselbe durch Separatvertrag des Vaters mit seinem Sohne auch für die Zukunft das Eigenthum des Letzteren habe bleiben können. Das „Eigenthum an der Collekte haben" heißt nämlich nichts anderes als Collekteur sein, d. h. von der Lotteriedirektion den Auftrag zum Vertrieb einer gewissen Anzahl Loose haben. Indessen ist die vom Stadtgerichte seinem Beweisinterlocute zum Grunde gelegte Auffassung des Verhältnisses keineswegs wesentlich für die Beurtheilung der dem Kläger gemachten Beweisauflage. Diese rechtfertigt sich vielmehr schon dadurch, daß auch, wenn die Lotteriecollekte wirklich auf den Vater des Bernhard Doctor übergegangen war, eine zwischen dem Bernhard Doctor und seinem Vater vorhergegangene Vereinbarung, wodurch der Letztere sich verpflichtete, seinem Sohne Bernhard die Netto-Erträgnisse des Geschäfts bis auf weiteres zukommen zu lassen, damit keineswegs unverträglich sein würde. Ein solcher z. B. aus Familienrücksichten sehr wohl erklärlicher Contrakt, wonach der Vater es übernommen hätte, unentgeltlich zum Vortheil des Sohnes die bei Betreibung einer Collekte vorkommenden Dienste der Lotteriedirektion zu leisten, ist juristisch durchaus zulässig und würde dem Sohne allerdings ein Recht auf die Erträgnisse der Collekte gewähren. Die Existenz derselben steht aber auch keineswegs im Widerspruch mit den Akten,

aus denen sich kein Umstand ergibt, der die Möglichkeit des Vorhandenseins eines solchen Geschäfts ausschlösse. Denn die Behauptung der Beklagten, daß dem Bernhard Doctor die früher innegehabte Collekte — von der Lotteriedirektion entzogen sei, könnte begründet sein, ohne daß damit eine solche Vereinbarung, wie dem Kläger zum Beweis verstellt ist, im Widerspruch stände.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

Die Möglichkeit der vom Kläger behaupteten Uebereinkunft wird — nicht ausgeschlossen. Doctor konnten sich zur Uebernahme der Collekte unter bestimmten Bedingungen erbieten, die Lotteriedirektion ihnen dieselbe unter ihrer Firma übertragen, sie konnten auch der Direktion gegenüber die Garantie für Erfüllung der dem Hauptcollekteur obliegenden Verpflichtungen übernehmen. Gleichwohl steht nichts im Wege, daß dieses Alles, mit oder ohne Vorwissen der Lotteriedirektion, zu dem Zwecke geschah, die Collekte und deren Erträgnisse effektiv dem Bernhard Doctor zu erhalten, daß es geschah in Folge einer Uebereinkunft zwischen Vater und Sohn, wonach der aus der Collekte zu ziehende Gewinn dem letzteren zukommen und für dessen Rechnung erhoben, auch etwa in irgend einer bestimmten Weise, z. B. für Sustentation seiner Familie, für Befriedigung seiner Gläubiger verausgabt werden sollte. Aehnliches könnte bei mannichfaltigen anderen Geschäften vorkommen, ohne irgend Anstand zu finden. Wenn z. B. Jemand die obrigkeitliche Bewilligung zu einer Wirthschaft oder anderem Gewerbsbetriebe auf seinen Namen und unter seiner Firma erhielte, er verpflichtete sich aber einem Anderen, der etwa das erforderliche Kapital dazu hergegeben, dieses Geschäft für dessen Rechnung und Interesse zu führen, so würde der Gültigkeit eines solchen Vertrages gewiß nichts entgegenstehen, obgleich auch hier dem Publikum und der Obrigkeit gegenüber jener als der Rechtsinhaber des Geschäfts erschiene. Aus welchen Gründen aber Beklagte zu jenem Vertrage sich herbeigelassen habe, ob wegen etwaiger Gegenleistungen oder zur Sicherung eigener Forderungen oder aus bloßer Fürsorge für den Sohn und dessen Familie: das kommt zunächst nicht in Frage, da es sich nur um die Möglichkeit einer solchen Uebereinkunft handelt. Uebrigens ist sehr wohl denkbar, daß Bernhard

Doctor Gelegenheit gefunden haben würde, die lucrative Collekte, selbst unter lästigen Bedingungen, einem Anderen zuzuwenden und daß eben deßwegen der Vater, um sie der Familie zu erhalten, — sich bewogen gefunden habe, dieselbe lieber selbst unter obiger Verpflichtung gegen den Sohn zu übernehmen.

85. Beweiskraft der Urkunden gegen den Producenten.

So viel die Beweiskraft von [7] act. gegen die Beklagten betrifft, so kann dieselbe nicht mit Grund bezweifelt werden, denn die Beklagten haben die Urkunde nicht nur selbst producirt, sondern dadurch gerade beweisen wollen, daß sie bedeutende Schulden für Bernhard Doctor bezahlt und dieser darauf eben in [7] sich reversirt habe, ferner keine Schulden zu machen. Bei einer solchen ausdrücklichen Bezugnahme auf den ganzen Inhalt des Schreibens kann es ihnen auf keine Weise freistehen, das darin vorkommende Bekenntniß Bernhard Doctor's über das, was für ihn verausgabt worden, für sich zu benutzen, zugleich aber dessen in demselben Schreiben sich findende, damit ganz wesentlich zusammenhängende Erklärung über den ihm ertheilten Nachlaß nicht gelten zu lassen. Hierzu kommt noch, daß man nach der Art, wie die Beklagten in ihrer Duplik sich über den ganzen Inhalt jener Anlage geäußert haben, nicht anderes annehmen kann, als daß sie die Richtigkeit derselben nicht in Frage stellen, und nur darauf sich stützen wollen, daß dieses Dokument anders zu deuten sei — — —.

Das Stadtgericht erkannte:

Es geht aber aus der angezogenen, von der Beklagten überreichten und mithin auch gegen sie geltend zu machenden Urkunde hervor, daß &c.

Die zweite Instanz äußerte sich dahin:

— — Man kann auch mit Fug bezweifeln, ob es unbedingt richtig sei, was sent. a qua annimmt, daß jenes Schreiben, weil von den Appellanten selbst producirt, auch gegen sie beweise. Denn im Allgemeinen folgt daraus nur, daß sie die Aechtheit des Schreibens nicht bestreiten können (Nov. 49 cap. 2 § 1); ob auch der Inhalt gegen sie beweise, hängt noch sehr von den Um-

ständen ab und soll dies noch L. 26 § 2 D. depos. (16, 3) der Richter in concreto erwägen. Aber vorerst sprechen hier die besondern Umstände dringend für diese Beweiskraft.

86. Widerruf einer Schenkung wegen Schuldenmachen. Donatio sub. modo. Erforderniſſe und Widerruf wegen Undanks.

So viel aber die Frage betrifft, ob es dem Beklagten freisteht, den früheren Nachlaß ihrer Forderungen an Bernhard Doctor als für sie unverbindlich anzusehen, und ungeachtet desselben diese Forderungen noch jetzt geltend zu machen, so haben die Beklagten sich dabei auf die beiden Momente gestützt:

a. daß der unentgeltliche Nachlaß einer Forderung eine Schenkung sei, Schenkungen aber wegen Undankbarkeit des Beschenkten revocirt werden könnten, von welchem Rechte sie jetzt Gebrauch machen wollten; so wie

b. daß sie dem Bernhard Doctor nach [7] bei ihren Schenkungen ausdrücklich als modus aufgelegt hätten, daß er ferner keine Schulden machen solle, daß er dies aber dennoch gethan habe, und daß hier daher der letzte der in der Const. 10 C. de revocand. don. (8, 56) anerkannten Revocationsgründe Platz greife.

Allein selbst vorausgesetzt, es wäre den Beklagten darin beizupflichten, daß die sämmtlichen von dem Kläger behaupteten Nachlasse unter die Kategorie eines Schenkungsvertrages zu bringen seien, — — — so ist es doch

ad *a.* klar, daß das spätere Schuldenmachen von Seiten des Bernhard Doctor, wenn man vorerst von der Nichterfüllung des modus absieht, unter keine der übrigen in der Const. 10 cit. aufgeführten Undankbarkeitsfälle fällt, und daß namentlich von einer jacturae moles die Bernhard Doctor den Gebrüder Doctor ex insidiis — oder injuriis — suis zugefügt habe, nicht die Rede sein kann, da der Inhaber der beklagten Handlung als Vater des Bernhard Doctor überall keine juristische Verbindlichkeit hatte, die Schulden des Sohnes zu bezahlen, und wenn derselbe sich dennoch mit der Regulirung derselben später befaßt hat, dies eine freiwillige Handlung war, so daß er sich den auf diese Weise erlittenen Vermögensverlust selbst zugezogen hat.

Ad *b*. Hier kann freilich nicht mit

Mühlenbruch Lehrb. des Pandektenrechts (4. Ausg. von Madai) 443 sub I. 2 und not. 8.

daraus ein Bedenken gegen die Revocabilität der Schenkungen sub modo wegen Undankbarkeit entnommen werden, weil bei solchen Schenkungen eine Undankbarkeit gar nicht stattfinden könne; es ist vielmehr den Ausführungen in

Savigny's System zu Bd. 4. § 175

beizutreten, indem das Verhältniß nun einmal in der Const. 10 cit. unter diesen Gesichtspunkt gebracht ist, wobei es selbst ohne Einfluß bleiben müßte, wenn Mühlenbruch darin beizupflichten wäre, daß sich der Gesetzgeber hier eine Begriffsverwechselung habe zu Schulden kommen lassen. Allein es liegt hier überall schon deßhalb keine donatio sub modo vor, weil dazu erforderlich wäre, daß unmittelbar an die Schenkung vom Schenker eine Auflage als Modalität der Schenkung geknüpft woden sei.

Const. 1 C. de don., quae sub modo 8, 55 verb: ea lege esse donatum.

Const. 2 eod. verb. dona dedisti ita ut und lege scilicet, quae ei imposita est.

Const. 3 eod. v. donatio ita conficitur, ut.

Im vorliegenden Falle aber ergibt sich aus [7], daß die Schenkungen sämmtlich, eine ausgenommen, dem Versprechen des Donatars vorangegangen sind; bei der einen aber, welche in die Zeit des Versprechens fällt, sagt die Urkunde bloß, da der Vater sich auch noch bereit erklärt habe, fl. — zur gänzlichen Tilgung der Passiven zu bezahlen, so wolle er — der Sohn — dagegen das Versprechen leisten, in der Folge keine Schulden mehr zu contrahiren.

Hierin kann nun aber ein modus, unter welchem die Schenkung geschlossen worden, nicht gefunden werden, vielmehr erscheint das Nichtschuldenmachen von Seiten des Bernhard Doctor gar nicht als eine Lex donationi inposita und hat man nach [7] vielmehr anzunehmen, daß schon vor Ausstellung dieses Reverses die Erklärung des Vaters, noch fl. — hergeben zu wollen, vom Sohne acceptirt war. Die Erklärung des Letzteren, weil ihm sein

Vater so viele Wohlthaten erwiesen habe, wolle er ihm nun auch versprechen, ferner keine Schulden mehr zu machen, hat daher gleichsam den Charakter eines remuneratorischen Versprechens. Wo ein bereits Beschenkter sich aber nachher zu einem remuneratorischen Gegengeschenk verpflichtet, wird diese Zusage nie als ein modus der vorangegangenen Schenkung aufgefaßt werden können.

Das Stadtgericht erkannte:

Wäre aber auch hier eine Schenkung anzunehmen, so würde die in der Duplik versuchte Revocation ohne rechtliche Wirkung sein, weil die von dem Bernhard Doctor seinem gegebenen Versprechen zuwider erfolgte Contrahirung neuer Schulden, nicht als eine Undankbarkeit zu betrachten ist, welche den Schenker berechtigt, die frühere Schenkung zu widerrufen.

Die zweite Instanz äußerte sich:

Es fehlt, wenn auch eine eigentliche Schenkung vorausgesetzt wird, an einem genügenden gesetzlichen Grunde des Widerrufs. Unpassend ist es zunächst, wenn Appellant sich darauf beruft, daß sein Sohn ihm beträchtlichen Vermögensverlust verursacht habe, was in L. 10 C. de revoc. don. als Grund des Widerrufs anerkannt sei. Denn dieser Angabe gebricht es an aller thatsächlichen Begründung. Das Gesetz setzt voraus, daß der Beschenkte dem Schenker jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponat. Daß aber Bernhard Doctor etwas arglistiger Weise direkt gegen seinen Vater unternommen habe, um diesem einen solchen Vermögensverlust zu bereiten, ist nirgends — behauptet worden. Das Schuldenmachen des Sohnes kann dahin nicht gerechnet werden, um so weniger, als der Vater nicht genöthigt war, sich um diese Schulden zu bekümmern. — — —

Was sodann den zweiten vermeintlichen Grund des Widerrufes betrifft, daß nämlich Bernhard Doctor sein Versprechen, keine Schulden mehr zu machen, gebrochen habe, so ist allerdings richtig, daß dieser in [7] act. eine solche Zusage ertheilt und daß er nichts desto weniger — später wieder Schulden contrahirt habe, auch führt L. 10 cit. das als Grund des Widerrufes an, wenn der Beschenkte quasdam conventiones sive in scriptis donationi

impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Allein es ist an sich schon nicht zulässig, dies auf das Versprechen, keine Schulden mehr zu machen, anzuwenden, da dieses keine juristische Verbindlichkeit zu Gunsten des Schenkers oder eines Dritten zu begründen geeignet ist, sondern dessen Abnahme lediglich eine Fürsorge für das eigene Beste des Versprechenden bezweckt, also gewissermaßen nur eine stärkere moralische Garantie für die Befolgung dieses guten Rathes gewähren sollte. Es hätte daher der Bestand der Schenkung geradezu an die Bedingung, daß er keine Schulden mehr mache, geknüpft werden müssen. Dies ist aber nicht geschehen — —.

87. Vorbringen aller Einwände in der ersten Schrift. Die Insinuation der Schenkung muß vom Richter ex officio berücksichtigt werden. Insinuation des schenkweisen Nachlasses von Forderungen.

In jetziger Instanz haben die Beklagten — freilich ohne in dem Petitum ihres Appellationslibells darauf zurückzukommen — — — — auch noch hervorgehoben, daß diese Schenkungen wegen mangelnder gerichtlicher Insinuation hinfällig seien. Wenn nun der Kläger diesen Einwand als verspätet widersprochen hat, so konnte aus diesem Grunde demselben die Berücksichtigung nicht versagt werden. Allerdings muß nach der Vorschrift des J. R. A. vom Jahre 1654 § 37 angenommen werden, daß auch solche Einwände, welche zwar keine wahren Exceptionen sind, sondern welche auf besondere — den Klaggrund nicht betreffende — Thatsachen gestützt, den Rechtsbestand der Klage angreifen, bei Strafe des Ausschlusses in der erster Schrift auszuführen sind

Fr. S. Kulp c. Wertheimber 18. März 1833.

und gilt dasselbe, jedenfalls nach Frankfurter Recht, von den Einwendungen gegen die Replik. Obwohl aber replicando klägerischerseits die Replik der Donation und Remission gegen die beklagtischen Gegenforderungen von fl. — in erster Instanz aufgestellt war und die Beklagten duplicando den Mangel der Insinuation nicht geltend gemacht haben, so ist doch der obige Grundsatz des § 37 hier gar nicht in Anwendung zu bringen, indem die Beklagten sich auf einen Mangel stützen, dessen Nichtvorhanden-

sein zum Fundament der Gültigkeit einer Schenkung in der Art gehört, daß der Richter ex officio darauf zu wachen hat, ob die Insinuation Statt gefunden, daher derselbe, sobald er findet, daß die Schenkung die Summe von 500 solidis übersteigt die Schenkung in Betreff des Ueberschusses als ungültig nicht beachten darf.

Da nun die Vorschrift wegen Insinuation von Schenkungen auch auf einen schenkweisen Nachlaß von Forderungen Anwendung findet

Marezoll in der Zeitschrift für Civilr. und Prozeß I., 1. p. 41.

Savigny System Bd. 4 § 158 und § 166 p. 215 in f.

so wird dem Kläger sowohl bei der Beweisführung, welche ihm hinsichtlich des Nachlasses, welchen er der beklagtischen Gegenforderung von fl. — gegenüber behauptet hat, offengelassen ist, als auch bei dem Beweise der Schenkung der fl. — obliegen, zugleich die Beobachtung der gesetzlichen Vorschrift in Betreff der gerichtlichen Insinuation von Schenkungen darzuthun. — — — Bei dem Widerspruche des Kläger's, daß der Einwand der fehlenden Insinuation überall noch Beachtung finden könne, schien es, um jeder Ungewißheit vorzubeugen, angemessen, einen deßfallsigen, die Rechte der Beklagten sichernden Vorbehalt in dem Urtheil aufzunehmen.

XXXVII.

M. A. L. Lehmann dahier, Kläger

contra

Gebr. Doctor dahier, Beklagte und Litisdenuncianten und Bernh. Doctor, Ehefrau Fried. geb. Stiebel, Litisdenunciatin.

Nachdem in dem unmittelbar vorhergehenden Falle das Stadtgericht das Urtheil am 26. September 1849 gesprochen

hatte und die Verhandlungen in der Appellationsinstanz schwebten, ließ Lehmann zum Behufe einer weiteren Hülfsvollstreckung bei Gebrüder Doctor auch die Collekte, deren Erträgnisse bereits von ihm mit Arrest belegt waren, von dem Fiskal in Beschlag nehmen. Auf Beschwerdeführung der Beklagten und Litisdenunciatin ließ es das Stadtgericht am 8. März 1850, bei diesem Arrest. Auf Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten der Beklagten und Litisdenunciatin wurden auch diese Streitsache an das Münchener Spruchcollegium gesandt, welches am 28. April 1851 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten das stadtgerichtliche Urtheil bestätigte. Auf Oberappellation der Beklagten und Litisdenunciatin hob das Oberappellationsgericht am 27. Jan. 1852 die vorhergegangenen Urtheile, sowie die Verfügung des Fiskals auf, verurtheilt den Appellanten in die Kosten des Stadtgerichts und compensirte die Kosten der 2. und 3. Instanz.

88. Kann eine Lotteriecollekte Objekt einer Beschlagnahme sein?

Der hier vorliegende von dem Fiskal verfügte Beschlag ist nach den eigenen Worten der Beschlagsschedul zum Behuf der Hülfsvollstreckung angelegt und auch in diesem Sinne von dem Kläger nachgesucht worden; derselbe ist daher nach Maßgabe des Art. 76 der provisorischen Ger. Ordnung zu beurtheilen und leiden darauf die Bestimmungen des Art. 54 desselben Gesetzes, wie von Seiten des Impetranten selbst wiederholt anerkannt worden, keine Anwendung.

Nun mußte aber der Aufrechthaltung dieses Beschlages schon die Betrachtung entscheidend entgegenstehen, daß die mit Beschlag belegte Collekte überall nicht für ein geeignetes Objekt der Hülfsvollstreckung gehalten werden kann, denn eine Collekte ist nichts anderes als ein Mandat, welches die Lotterie-Direktion dem Collekteur ertheilt und wenn mit diesem Mandat auch für den Collekteur Geldvortheile verbunden sind, so ist es doch juristisch undenkbar, daß ein solches contraktliches Verhältniß zum Gegenstand der Execution gemacht und wie ein veräußerliches Vermögensrecht behandelt werden könnte. Hierbei kommt es auch nicht in Betracht,

daß für den Inhaber der Collekte es unter Umständen möglich sein kann, dieselbe zu verwerthen, weil etwa faktisch die Lotterie-Direktion auf die Erklärung ihres bisherigen Collekteurs, daß er zu Gunsten eines Dritten auf seine Collekte verzichte, bei der anderweitigen Uebertragung des Collektur-Mandats erhebliche Rücksicht zu nehmen pflegt. Denn daraus ergibt sich noch nicht, daß eine Collekte auch im Wege der Execution verwerthbar ist, was erforderlich sein würde, um solchen Gegenstand zu einem geeigneten Objekt einer Beschlagnahme zu machen. Wollte man das Gegentheil annehmen, so müßte man auch jedes einträgliche Staatsamt, jedes höchst persönliche, einen Ertrag gewährende Recht, z. B. als **Socius** einer Handelsgesellschaft anzugehören, oder ein **privilegium personae datum** als etwas Verwerthbares anzusehen haben, was doch entschieden nicht der Fall ist. Auch kann der Einfluß, den der bisherige Inhaber einer Collekte auf die Lotterie-Direktion, im Fall, daß er sein Mandat niederlegt, bei der Wiederbesetzung dadurch vielleicht auszuüben im Stande ist, daß er eine bestimmte Person zu seinem Nachfolger vorschlägt, bei der Beurtheilung des Charakters des Rechtsverhältnisses zwischen einer Lotterie-Direktion und ihrem Collekteur nicht für ein wesentliches Moment gehalten werden. Ebensowenig wie, wenn ein Beamter überhaupt beim Aufgeben seines Amtes eine ähnliche Einwirkung ausübt, dies als eine Verwerthung des Amtes anzusehen ist, ebensowenig darf be Lotterie-Collekten das Verhältniß in jener Weise aufgefaßt werden; denn der bisherige Inhaber ist es demungeachtet nicht, der sein Amt oder sein Mandat um Geld veräußert, wozu es ihm an jeder Befugniß fehlt, sondern die vorgesetzte Behörde, hier die Lotterie-Direktion, ist es demungeachtet, die das Amt überträgt, selbst wenn sie es gestattet, daß ihr bisheriger Mandatar sich dabei einen Vortheil verschafft.

Wollte man aber auch davon ausgehen, der hier impetrirte Beschlag sei, weil die eigentliche in der Beschlagschedul sich findende Verfügung nur die Anweisung an Gebrüder Doctor enthält, mit der fraglichen Collekte keine Veränderung vorzunehmen, blos zu dem Zwecke angelegt, eine drohende, von Gebrüder Doctor etwa beabsichtigte Innovation in Betreff der Collekte zu ver-

hüten, so würde auch ein zu diesem Zweck erwirkter Beschlag nur dann zu Recht bestehen können, wenn von Seiten des Klägers angeführt wäre, daß die Beklagten in Bezug auf die Collekte dem Bernhard Doctor gegenüber Verpflichtungen übernommen hätten, wodurch eine solche Innovation sich als ein rechtswidriges Verfahren von Seiten der Gebrüder Doctor darstellen würde. An einer solchen Anführung fehlt es aber gänzlich, indem die Anführung, daß die fragliche Collekte in Folge eines zwischen Bernhard Doctor und Gebrüder Doctor in Betreff derselben abgeschlossenen Verwaltungsvertrages Eigenthum von Bernhard Doctor geblieben sei, obgleich ein formeller Uebergang auf Gebrüder Doctor Statt gefunden habe, schon in den Entscheidungsgründen zu dem am heutigen Tage zwischen denselben Partheien abgegebenen Urtheil widerlegt ist. Ebenso ist es auf der andern Seite klar, daß die von den Beklagten bestrittene Behauptung des Klägers über einen zwischen Bernhard Doctor und Gebrüder Doctor abgeschlossenen Verwaltungs-Vertrag um so weniger genügen kann, als selbst, wenn ein solcher Vertrag existirte, doch nicht abzusehen wäre, daß dadurch den Beklagten das Recht benommen sei, die Collekte ganz aufzugeben; jedenfalls hätte Kläger sich auf eine bestimmte weiter gehende Verbindlichkeit der Beklagten berufen müssen. —

Konnte nun aber der Beschlag auch aus dem eben angeführten Gesichtspunkte nicht aufrecht erhalten werden, so hätte, wenn nicht vor seiner Anlegung, doch wenigstens jetzt, wo von Seiten des Appellanten dessen Statthaftigkeit bestritten worden ist, jedenfalls bescheinigt werden müssen, daß die fragliche Collekte Vermögensgegenstand des Bernhard Doctor sei, und diesem, wie es in der Verfügung des Fiskals heißt, wirklich gehörig sei.

An einer solchen Bescheinigung fehlt es aber nicht allein gänzlich, sondern es muß sogar schon jetzt als ausgemacht angenommen werden, daß die fragliche auf Gebrüder Doctor übergegangene Collekte dem Bernhard Doctor gar nicht mehr gehören kann, daher es denn unbedenklich schien, den Kläger mit seinem Antrage auf Beschlagnahme der Collekte gänzlich und nicht etwa blos angebrachtermaßen abzuweisen.

Das Stadtgericht erkannte:

Da durch die Arrestverfügung des Fiskals vom 2. März l. J. eine Beeinträchtigung der Rechtszuständigkeiten der Handlung Gebrüder Doctor nicht stattgefunden hat, so steht dem Antrag nicht zu entsprechen.

Die Entscheidungsgründen des appellationsgerichtlichen Urtheils äußern sich unter Anderem:

Es ist vorerst unzweifelhaft, daß eine Collekte ein gewinnbringendes Geschäft ist, wenngleich vielleicht in geringerem Maße, als Appellat behauptet, — unzweifelhaft, daß sie als gewinnbringend gesucht und nach Umständen auch wohl mit Opfern zu erlangen gesucht wird. — — — Wäre nun die Collekte ein nicht entziehbares Recht, wäre sie z. B. eine reale Gewerbgerechtigkeit, so würde es nach der Appellanten eigenen Ansicht keinen Anstand haben, daß man sie mit Arrest belege. Ein solches Recht bildet ohne Zweifel einen Vermögensgegenstand und kann daher auch Executionsgegenstand sein. Weil aber das Geschäft des Collekteurs nur auf einem kündbaren Mandat der Lotteriedirektion beruhe, außerdem der Collekteur gar kein Recht habe, deßhalb soll hier nicht dasselbe gelten. Allein daraus folgt zunächst nur, daß, wenn jenes Mandat oder jene Concession von der Lotteriedirektion zurückgezogen wird, alsdann freilich nichts mehr vorhanden ist, was von der Arrestverfügung ferner betroffen werden könnte, abgesehen von den Gewinnerträgnissen, welche die Collekte bisher abgeworfen hätte. Es ist aber eine in der Handels- und Gewerbswelt sehr bekannte und gewöhnliche Sache, daß ein in gutem Betriebe stehendes lucratives Geschäft, wenn dasselbe auch nicht auf einer realen Gewerbsberechtigung beruht, ja, daß selbst eine bloße Handelsfirma unter onerosem Titel von einem auf den anderen übertragen wird. Es kommt insbesondere häufig vor, daß nur auf persönlicher Concession beruhende Gewerbsgeschäfte in solcher Weise auf Andere übertragen werden, sei es, daß man diesem nur die Ausübung überläßt oder daß man eine obrigkeitliche Uebertragung der Concession auf denselben veranlaßt und herbeiführt. Könnte Aehnliches auch bei einer Collekte vorkommen, so würde insofern eine Beschlagnahme keineswegs eine gegenstand- und er-

folglose Verfügung sein. Nun wird aber nicht nur vom Appellaten behauptet, daß die Lotteriedirektion den ertheilten Collekteur-Auftrag nicht leicht zurückziehe, daß dagegen die Uebertragung einer Collekte von einem Inhaber auf einen anderen wohl vorkomme und dafür eine ziemlich beträchtliche Vergütung an den Abtretenden gezahlt zu werden pflege, sondern auch Appellanten bestätigen diese Möglichkeit durch ihre eigene Angabe, daß Gebr. Doctor gegen den Schwiegervater von B. Doctor vertragsmäßig die Verpflichtung übernommen haben, nach einer gewissen Zeit auf Verlangen dem letzten die fragliche Collekte zu überlassen. Hier ist also die Collekte von Gebr. Doctor selbst als ein Vertragsgegenstand behandelt. Kann sie überhaupt Gegenstand eines Vertrages sein, so kann sie auch Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages sein. Kann sie dieses sein, so kann sie auch den Gläubigern eventuell ein Mittel für ihre Befriedigung darbieten, und so haben diese auch ein Interesse dabei, daß Veränderungen in Ansehung derselben, durch welche ihnen dieses Mittel entzogen würde, durch Arrestverfügung untersagt werden.

XXXVIII.

Raphael Erlanger dahier, Kläger
contra
die Curatoren des Zacharias Sugenheim dahier, Beklagte.

Zacharias Sugenheim wurde durch Beschluß des Stadtgerichts II. vom 3. Febr. 1851 unter Curatel gestellt. Das Dekret und die weiteren Verhandlungen lassen im Ungewissen, ob die fragliche Curatel nur eine freiwillige, obschon gerichtsseitig genehmigte Ueberlassung der Vermögensverwaltung bezweckt habe oder als eine wirkliche, wegen Prodigalität von Gerichtswegen verfügte Interdiction aufzufassen sei. Diese Curatel wurde von

Seiten des Gerichtes am 25. März 1851 in dem Amtsblatte zur öffentlichen Kenntniß gebracht. Am 20. März 1851 hatte Sugenheim der société anonyme des fermes réunies du Kurhaus et des sources minerales zu Homburg zwei billets à ordre im Betrag von 300 Stück Wilhelmsd'or (à fl. 10) 10 Tage dato zahlbar ausgestellt. Da diese Wechsel durch giro der genannten Gesellschaft auf Raphael Erlanger noch vor der obigen Bekanntmachung im Amtsblatte übergegangen waren und von den Curatoren nicht bezahlt wurden, stellte ersterer die Wechselklage an, und das Stadt-Gericht erließ am 25. April 1851 den Bescheid:

I. die Wechselbeklagten haben binnen 24 Stunden 300 holländische fl. 10 Stücke bei dem Rechnei-Amt zu deponiren.

II. Für den Fall, daß von den Wechselbeklagten die vorstehende Auflage erledigt worden, haben sie binnen 14 Tagen vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun, daß ihr Curand zur Zeit der Ausstellung der beiden eingeklagten, an Ordre lautenden Schuldscheine die zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes erforderlichen geistigen Befähigungen nicht gehabt habe.

Beide Partheien ergriffen die Appellation: das Appellations-Gericht erkannte am 2. Juli 1851 auf Verwerfung des Rechtsmittels des Klägers unter Verfällung desselben in die Kosten der Instanz. Auf die Appellation der Beklagten wurden dieselben unter Kostencompensation vom Appellations-Gericht an gleichem Tage zu dem weiteren Beweise zugelassen, entweder

I. daß der Kläger zur Zeit der Uebertragung der Billets von der, vor Ausstellung derselben erfolgten gerichtlichen Aufhebung der Dispositionsfähigkeit des Ausstellers Kenntniß gehabt habe, oder

II. daß die eingeklagte Forderung eine Spielschuld resp. zur Sicherung einer solchen gegeben worden sei und der Kläger hiervon Kenntniß gehabt habe.

Auf Oberappellation des Klägers stellte das Oberappellationsgericht am 19. Januar 1852 das stadtgerichtliche Urtheil wieder her, nur die Entscheidung in Betreff der Kosten 2. Instanz blieb bestehen, während die Kosten 3. Instanz zu $^2/_3$ compensirt, in $^1/_3$ Kläger verurtheilt wurde.

89. Einrede, der Aussteller eines Wechsels habe die zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes erforderliche geistige Befähigung nicht gehabt.

Anlangend die Zulässigkeit der im stadtgerichtlichen Erkenntnisse vom 25. April 1851 zum Beweise verstellten Einrede im Wechselprozesse und gegen einen Indossatar, so ist

1. ebenso klar und weiteren Nachweises kaum bedürftig, daß der von einem Wechselunfähigen ausgestellte Wechsel für ihn ohne verpflichtende Kraft und gar nicht als Wechsel anzusehen sei (Thöl Handelsrecht 2. Aufl. II. p. 51), als daß einem **mente captus**, weil unbestritten absolut unfähig, sich durch Vertrag zu verpflichten, die Wechselfähigkeit fehle, da diese nach art. 1. der allgemeinen deutschen Wechselordnung zwar Jeder, aber doch auch nur derjenige haben soll, welcher der allgemeinen Vertragsfähigkeit nicht entbehrt. Auch liegt dafür wenigstens indirekt eine Bestätigung im art. 3 der allgemeinen deutschen Wechselordnung, wonach, wenn auf einem Wechsel sich Unterschriften solcher Personen finden, welche eine Wechselverbindlichkeit überhaupt nicht eingehen können, dies auf die Verbindlichkeit der übrigen Wechselverpflichteten ohne Einfluß bleiben, sonach für, wie gegen jene Personen selbst die Unterschrift bedeutungslos sein und die betreffende Urkunde nicht als Wechsel gelten soll. Nun ist freilich

2. in der allgemeinen deutschen Wechselordnung nur für den Fall die Nichtigkeit eines Wechsels ausdrücklich anerkannt, daß eines der formellen Erfordernisse fehle (art. 7 vergl. mit art. 4); auch hat weder dies Gesetz sich darüber bestimmt ausgesprochen, noch ist aus den Leipziger Conferenzprotokollen oder aus den dort vorgelegten Entwürfen mit voller Sicherheit zu entnehmen (cf. Protokolle der Leipziger Conferenz, Leipz. 1848. p. 168 vergl. mit p. LXXVIII.), was unter den „aus dem Wechselrechte selbst hervorgehenden" Einreden gemeint sei, deren Zulassung im Wechselprozesse der Art. 82 der allgemeinen deutschen Wechselordnung in seiner ersten Alternative anerkennt. Allein auf diejenigen Einreden, welche aus Form oder Inhalt des Wechsels oder aus Versäumung wechselrechtlicher Solennitäten und sonstiger, den Wechselprozeß betreffender Vorschriften entnommen werden, wird man nicht,

wie Kläger zu vermeinen scheint, jene Bestimmung beschränken dürfen, sondern sie wird, sowohl der Natur der Sache, als ihrer generellen Fassung nach, überhaupt dahin aufzufassen sein, und ist auch von den Schriftstellern, welche sich über jenen § 82 bislang geäußert haben,

vergl. die allgemeine deutsche Wechselordnung mit Erläuterungen, Leipz. 1848. p. 216.

Brauer die allgemeine deutsche Wechselordnung, 2. Ausgabe 1851 ad § 82.

Gelpke Beiträge zur Kenntniß des Handels- und Wechselrechts, 1849. Heft 2. p. 26 flg. 32.

dahin gedeutet worden, daß unter jener Alternative überhaupt alle Einreden begriffen seien, welche in den Bestimmungen des Wechselrechts ihr rechtliches Fundament haben und aus der durch die Wechselordnung festgestellten Natur des wechselrechtlichen Verhältnisses sich ergeben, gleichviel ob eine direkte und spezielle Vorschrift der Wechselordnung dafür nachweislich ist, oder ob nur aus den allgemeinen Principien derselben diese Einrede mittelbar folgt. Nun ist

3. in diesem Sinne die Einrede der Wechselunfähigkeit des Ausstellers sowohl überhaupt, als auch namentlich in dem hier vorliegenden Falle offenbar eine aus dem Wechselrechte selbst hervorgehende Einrede, indem diese Anfechtung der Wechselverbindlichkeit sich eben nur als Folge der im art. 1 der Wechselordnung über die Wechselfähigkeit getroffenen Bestimmungen darstellt.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus:

4. daß die Wechselbeklagten rücksichtlich ihrer Behauptung, daß der Curand sich bei der Ausstellung der mehrerwähnten Urkunden in einem geistesverwirrten Zustande befunden, zum geeigneten Beweise zuzulassen sind.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

Das erste Erforderniß einer juristischen Handlung ist Willensvermögen in dem Handelnden. Personen ohne dieses Vermögen sind von allen Rechtsgeschäften ausgeschlossen; die von denselben abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind ungültig. Die äußere Form, unter welcher das Geschäft abgeschlossen worden ist, bleibt hierbei

ohne alle Bedeutung; die Einkleidung desselben in einen Wechsel macht den an sich ungültigen Vertrag nicht zu einem gültigen. Die wegen nicht vorhandenen Willensvermögens der mit Wechselrecht versehenen Schuldurkunde entgegengesetzte Einrede muß berücksichtigt werden, da sie aus dem Wechselrechte, welches hierin von den allgemeinen Grundsätzen des Rechts nicht entbunden ist, hervorgeht.

90. Einrede, der Beklagte habe zur Zeit der Eingehung eines Rechtsgeschäftes unter Curatel gestanden.

So viel den Einwand der Beklagten betrifft, daß Zacharias Sugenheim zur Zeit der Ausstellung der Billets bereits unter Curatel gestellt und dessen nicht dispositionsfähiger Zustand dem Kläger, wie dessen Vormanne bekannt gewesen sei, so ist

1. so viel nach den diesseits eingeforderten Beiakten unzweifelhaft, daß die am 3. Februar 1851 für Sugenheim gerichtsseitig angeordnete Curatel eine **cura furiosi vel mente capti**, welchen Falls obiger Einwand unbedingt Beachtung finden müßte, zu der hier in Frage stehenden Zeit noch nicht gewesen ist. — — Andererseits lassen aber auch die Beiakten

2. darüber völlig im Ungewissen, ob die fragliche Curatel nur eine freiwillige, obschon gerichtsseitig genehmigte, Ueberlassung der Vermögensverwaltung abseiten des Zacharias Sugenheim bezweckt habe, oder als eine wirkliche wegen Prodigalität von Gerichtswegen verfügte Interdiktion aufzufassen sei. — — — Nun aber muß

3. schon die Ungewißheit, ob die am 3. Februar über Sugenheim angeordnete Curatel eine **cura prodigi** gewesen sei und sein sollte, unvermeidlich zu Verwerfung der hier zur Entscheidung stehenden Einrede führen.

Denn die Bestellung einer **cura prodigi** ist nicht, wie die einer **cura furiosi**, bloß deklarativer Natur, so daß damit nur die schon an sich vorhandene Willens- und Dispositionsunfähigkeit des Curanden constatirt würde; die Prodigalitätserklärung entzieht vielmehr erst durch die damit verbundene Interdiktion des Gerichts dem Curanden die ihm an sich beizumessende Handlungsfähigkeit.

Es kann daher, daß Letzterer einer verschwenderischen Lebensweise mit Grund zu bezüchtigen sei, so wenig genügen, als daß mit Rücksicht hierauf die Verwaltung seines Vermögens einem Dritten curatorio nomine überlassen wird, sondern es erscheint dies unerläßlich und kann eine Unmöglichkeit rechtsverbindlicher Verpflichtung gegen Dritte nur in dem Falle behauptet werden, daß das Gericht den Curanden ausdrücklich pro prodigo erklärt und mit Rücksicht, sowie unter speciellem Hinweise hierauf ein interdictum nicht etwa bloß erlassen, sondern auch, als wodurch es allerdings erst gegen Dritte Kraft und Geltung gewinnen kann, in üblicher Weise veröffentlicht hat. So lange es hieran fehlt, mag zwar dem Curanden die Verpflichtung, sich der Verwaltung seines Vermögens zu enthalten, und andererseits den bestellten Curatoren die Befugniß zu seiner Vertretung beigelegt werden, nicht aber läßt sich Dritten gegenüber von einer Dispositionsunfähigkeit des Curanden reden oder behaupten, daß das mit ihnen geschlossene Geschäft ungültig sei.

Vorliegenden Falls fehlte es aber einestheils bis zum 23. März an der publicatio und bei dieser selbst an jeder Erklärung über den eigentlichen Grund der Curatelbestellung; anderentheils war auch bei der Dekretur vom 3. Februar weder die Natur der Curatel und daß Sugenheim fortan pro prodigo gelten solle, angegeben, noch damit irgend welche Interdiktion verbunden; die Dispositionsfähigkeit des Sugenheim konnte sonach, Dritten gegenüber, in keiner Weise für geschmälert oder gar für aufgehoben gelten. Wenn es nun schon in dem Falle, daß allein die Publikation unterblieben, die Prodigalitätserklärung und Curatelbestellung dagegen gehörig geschehen wäre, nicht zweifellos sein würde, ob jener Mangel dadurch ersetzt und beseitigt werden könnte, daß Kläger und dessen Indossant anderweitig Kenntniß von der ergangenen gerichtlichen Verfügung gehabt hätten, so wird vollends bei der hier gegebenen Sachlage, wo mit dem Dekrete vom 3. Februar eine Aufhebung der Dispositionsfähigkeit zwar beabsichtigt sein mochte, auch die Prodigalitätserklärung schon einigermaßen in Aussicht stand, beides aber doch noch nicht ordnungsmäßig ausgesprochen war, der Umstand ganz unerheblich erachtet werden

müssen, ob die deßfallsigen Verhandlungen und Verfügungen anderweit zur nicht officiellen Kunde des Klägers, resp. der Homburger Bankhalter gekommen sein mögen.

Während das Stadtgericht davon ausging, „daß dieser Einwand deßhalb nicht zu berücksichtigen ist, weil es an der Behauptung der Wechselbeklagten mangelt, daß der Ausstellung der fraglichen Urkunden die Veröffentlichung der Interdiktion des Curanden vorangegangen sei, indem die letztere an und für sich der Gültigkeit des mit dem Curanden abgeschlossenen Rechtsgeschäftes nicht im Wege stehen kann," sprach sich das Appellationsgericht dahin aus: Die öffentliche Verkündigung der Interdiktion ist nun aber kein essentiale in dem Sinne, daß ihre Unterlassung die Interdiktion demjenigen gegenüber unwirksam machen könnte, welcher von letzterer, abgesehen von der öffentlichen Bekanntmachung, auf anderem Wege Kenntniß erhalten hat, wie sich dies aus den Bestimmungen in **L. 26 D. de contr. emt. (18, 1) L. 3 C. quom. et quando judex** (7, 43) Stadt Ref. **I, 42 § 6 verb. a die scientiae** unzweifelhaft herausstellt. Wenn daher in dem vorliegenden Falle die am 3. Februar 1851 erlassene, zuerst am 23. März 1851 öffentlich bekannt gemachte Interdicirung des Sugenheim auf die gegenwärtig eingeklagte, am 20. März 1851 contrahirte Schuld des letzteren die angedrohte Folge nicht sofort äußern, demnach eine sofortige Zurückweisung der Klage nicht erfolgen kann, so muß doch den beklagten Curatoren zum Beweise ihrer Behauptung Gelegenheit gegeben werden, daß der jetzige Kläger zur Zeit der Erwerbung davon Kenntniß gehabt habe, daß der Aussteller zur Zeit der Ausstellung bereits dispositionsunfähig gewesen sei.

91. Einrede, der Wechsel sei zur Sicherung einer Spielschuld ausgestellt worden.

Bei dem weiteren Einwand und Beweisvorbehalt, daß nämlich die eingeklagte Summe, wie auch Kläger gewußt, eine Spielschuld, resp. zur Sicherung einer solchen gegeben sei, ist es wenigstens insofern zu beachten, daß nach der Rathsverordnung vom 21. Januar 1779 § 2 die Nichtigkeit aller Spielwechsel keinem

Zweifel unterliegt und sonach in materiellem Betrachte unter jener Voraussetzung der Mangel einer rechtsgültigen Verbindlichkeit ihres Curanden mit Recht von den Beklagten vorgeschützt wäre. Allein dem Kläger gegenüber kann dieser Einwand für eine zulässige Wechseleinrede nicht erachtet werden. Denn

1. unter die erste Alternative des **art.** 82 der allgem. deutschen Wechselordnung, wonach alle aus dem Wechselrechte selbst hervorgehenden Einreden gegen jeden Inhaber des Wechsels Platz greifen, fällt obiger Einwand in keiner Weise, weil jene über Spielschulden ergangene Verordnung dadurch, daß sie nebenher auch der Spielwechsel gedenkt, noch nicht zu einem interpretirenden Theile des Wechselrechts wird. Dahingegen hat Kläger gegen obigen Einwand

2. mit vollem Rechte die zweite Alternative des **art.** 82 zu seinen Gunsten geltend gemacht und opponirt, daß ihm als Indossataren die Nichtigkeit der von Sugenheim durch die eingeklagten Wechsel gegen die Homburger Bank übernommenen oder gesicherten Spielschuld nicht entgegenstehen könne. Denn wenn auch

a. die Worte: „Einreden, welche ihm (dem Wechselschuldner) unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen", an sich einer abweichenden Auffassung nicht entgegenständen, so ergibt doch die Vergleichung der Quellen der allgem. deutschen Wechselordnung und der Conferenzen (vergl. Prot. a. a. O.), daß damit nichts anderes habe ausgesprochen werden sollen, als was auch in dem beibehaltenen **art.** 91 der provisorischen Prozeßordnung bereits bestimmt war, daß keine **ex persona vel facto indossantis** hergenommene Einreden gegen dessen Nachmänner im Wechselprozesse zuzulassen seien. Einreden, welche das Valuten- oder überhaupt das dem Wechsel zum Grunde liegende Rechtsverhältniß betreffen, sollen hiernach zwar, ihre Liquidität vorausgesetzt, an und für sich auch einer Wechselklage entgegengestellt werden dürfen, immer aber doch nur wider denjenigen begründet sein, in und mit welchem jenes Rechtsverhältniß zunächst entstanden ist; es soll zwar im Uebrigen auf Natur und Zweck der Einrede nicht gesehen werden, wohl aber dies als entscheidendes Moment und unerläßliches Requisit gelten, daß Ursprung und Fundament der Einrede in der

Person des jedesmaligen Klägers, nicht eines früheren Wechselinhabers liegen. Nun aber ist es

b. klar, daß die Nichtigkeit eines Spielwechsels aus dem besondern persönlichen Verhältnisse entspringt, in welches der Wechselgeber zu dem ersten Wechselinhaber durch das verbotene Spiel oder durch das damit verbundene verbotswidrige Darlehn oder Zahlungsversprechen trat, und daß so in dessen Person die eigentliche **causa excipiendi** liegt. Der hieraus sich ergebenden Consequenz, daß die Nichtigkeit eines solchen Wechsels, sobald er aus den Händen des Spielers und Borgers durch Indossament in die eines Dritten übergegangen ist, nicht mehr im Wechselprozesse geltend gemacht werden kann, möge Letzterer immerhin sowohl jenen Ursprung des Wechsels gekannt haben und für seine Person, was bei Klägern der Fall wäre, dem gesetzlichen Verbote der Spielwechsel unterworfen sein, steht auch

c. keineswegs, wie die **sententia a qua** angenommen hat, dies entgegen, daß doch auch für Wechselschulden durch die Verordnung vom Jahr 1779 die fragliche Einrede für zulässig erklärt worden ist. Denn damit ist nur überhaupt die Möglichkeit ihrer Vorschützung anerkannt, nicht deren Modalität festgesetzt, und muß die in dem **art.** 91 der Prozeßordnung und **art.** 82 der allgemeinen deutschen Wechselordnung für alle und jede Wechseleinreden getroffene, ganz absolute Bestimmung auch hier für jenen Fall Platz greifen, ohne mit dem allgemeinen Grundsatze der **L. 80 D. de reg. jur.** beseitigt werden zu können, weil unter eine derartige unbedingte Generalvorschrift auch alle nicht ausdrücklich erwähnten Specialbestimmungen selbst des früheren Rechts fallen.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß die weitere Einrede der Wechselbeklagten, die eingeklagten Urkunden seien über eine von dem Curanden contrahirte Spielschuld ausgestellt worden, nach art. 91 der provisorischen Prozeßordnung und art. 82 der allgem. deutschen Wechselordnung als gegen den klagenden Indossaten nicht zulässig ist und sofort verworfen werden muß.

Das Appellationsgericht zog das Nachfolgende in Betracht, daß nämlich:

1. die Verordnung vom 21. Januar 1779 pos. 2 ausdrücklich vorschreibt: „daß wer auf Borg verloren hat, zur Bezahlung des Verlustes in keiner Weise angehalten, vielmehr eine solche Schuld, wenn auch mit Wechsel . . . . versichert worden wäre, als null und nichtig angesehen werden soll; ferner daß diejenige, welche zum Spielen wissentlich geborgt, sie seien gleich Mitspieler gewesen oder nicht, des also ausgeliehenen Geldes verlustig sein, und in Rechten darauf nicht erkannt werden solle;"

2. daß diese Specialbestimmung durch die aus der provisorischen Prozeßordnung und der allgemeinen deutschen Wechselordnung allegirten generellen Bestimmungen nach der allgemeinen Rechtsregel: „in toto jure generi per speciem derogatur" (L. 80 D. de reg. jur.) als aufgehoben nicht betrachtet werden kann, und daß sonach diese Bestimmungen

3. der fortdauernden Anwendung der insoweit als integrirenden Theil des Wechselrechts zu betrachtenden Verordnung von 1779 nicht im Wege stehen, indem, wenn durch letztere jedem für eine Spielschuld ausgeklagten Wechsel die Klagbarkeit versagt ist, die hieraus entnommene Einrede in der That aus dem Wechselrechte hervorgeht und nach Hinterlegung des Betrags auch gegen den jetzigen Wechselkläger im Wege des ordentlichen Prozeßverfahrens geltend gemacht werden kann, sofern dieser, wie Beklagte behaupten, von diesem Verhältnisse Kenntniß gehabt hat.

Der Anwendung der Verordnung von 1779 steht schließlich das Rechtsaxiom: „locus regit actum" nicht entgegen, da es sich hier nicht von der Form der Schuldverschreibung, sondern von der Geltendmachung der Schuld selbst handelt, welche vor den hiesigen Gerichten und gegen die hier wohnenden Beklagten versucht wird.

XXXIX.

C. C. H. geb. M. jetzt deren Schwester M. B. M. dahier, Klägerin

contra

J. C. C. W. H. zu Darmstadt, Beklagten.

Nachdem die Schwester der Klägerin als Testamentserbin derselben den zwischen den streitenden Eheleuten wegen Nichtigkeit der Ehe ventilirten Prozeß reassumirt hatte, wurden die Beweisverhandlungen fortgesetzt. Klägerin hatte in Gemäßheit stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 22. November 1841 zu beweisen, „daß der Beklagte vor seiner Verheirathung mit seiner Ehefrau derselben die Angabe gemacht habe, daß er bei der Taunuseisenbahn mit einem Gehalte von fl. 1000 angestellt sei und ein eigenes Vermögen von fl. 8000 besitze", in Gemäßheit des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 21. December 1842 noch weiter: „daß die Klägerin durch diese Angabe bestimmt worden sei, mit dem Beklagten die Ehe einzugehen." Nach geführtem Zeugenbeweis erkannte das Stadtgericht am 6. Juni 1851 auf den Erfüllungseid, den Klägerin als Glaubenseid auszuschwören habe. Würde dieser Eid geleistet, so soll die Ehe — als von Anfang an nichtig erklärt und Beklagter zum Kostenersatze verurtheilt sein. Trotz der Appellation des Beklagten wurde dies Urtheil vom Appellationsgericht am 8. September 1851 und vom Oberappellationsgericht am 31. Januar 1852 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten bestätigt.

92. Glaubwürdigkeit der von beiden Partheien producirten Zeugen. Allgemeine Verdachtsgründe.

Was den Zeugenbeweis anbetrifft, so ist

A. der vom Beklagten gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen aus dem Grunde erhobene Einwand, weil alle gute Freundinnen seiner verstorbenen Frau gewesen seien, unbegründet. Denn

1. wenn gleich die beiden Zeuginnen — — sich selber für gute Freundinnen der Klägerin ausgeben, so könnte der Beklagte, selbst wenn hier ein sehr vertrautes Freundschaftsverhältniß anzunehmen stände, daraus gegen d i e s e Zeuginnen keinen Einwand hernehmen, da er sie auch seinerseits als Beweiszeugen producirt und dadurch unzweideutig erklärt hat, daß er es ihnen zutraue, sie würden durch ihre Freundschaft zu seiner Ehefrau sich nicht zu falschen Aussagen zu deren Gunsten verleiten lassen. — — —

B. Dagegen kann die Zeugin — wegen ihres Dienstverhältnisses zur Klägerin zur Zeit ihrer Abhör auf volle Glaubwürdigkeit allerdings nicht Anspruch machen. Indeß kommt es bei solchen allgemeinen Verdachtsgründen sehr auf die Beschaffenheit der Aussagen, sowie darauf an, ob sie allein stehen oder durch die Aussagen anderer klassischer Zeugen unterstützt werden.

93. Erfüllungseid de credulitate, weil der Vormann unbedenklich zum suppletorium de veritate zuzulassen war. Ref. I. tit. 39 § 8.

Das Resultat des Zeugenbeweises ist, daß Frau H., wenn sie noch lebte, ganz unbedenklich zum **suppletorium de veritate** zuzulassen wäre. Ist aber das, so haben die vorigen Richter der gegenwärtigen Klägerin diesen Eid ganz mit Recht nur **de credulitate** auferlegt. Denn alle Gründe, welche der Beklagte dafür geltend macht, daß vorzugsweise er zum Eid zuzulassen sei, würden nur dann in Betracht kommen, wenn der Fall vorläge, den die Frankf. Reform. I. tit. 39 § 8 behandelt „so jeder Theil seines Fürbringens ansehnliche und starke Anzeigungen für sich, dieselben doch nicht vollkommlich erwiesen hätte", während hier in der That der Beklagte gar keine Anzeigungen, geschweige deren ansehnliche für sich hat.

XL.

E. J. Kr. von Mainz, Kläger u. Widerbeklagter
contra
J. O. dahier, Beklagten und Widerkläger.

Kläger klagte auf Bezahlung verschiedener Darlehn sammt Zinsen zu 4% bis zum Tage der Klagezustellung und von da an mit 5% Verzugszinsen. Beklagter leugnete die Darlehn, behauptete einen Gesellschaftsvertrag, in Folge dessen Kläger Einzahlungen gemacht habe; diese letzteren würden jedoch durch Geschäftsverluste absorbirt: er machte deßhalb, Liquidation vorbehalten, eventuell eine Compensationseinrede und eine eventuelle Widerklage geltend.

Das Stadtgericht erkannte am 7. Juli 1851:

II. haben — zu beweisen:

A. der Kläger,

a. daß er dem Beklagten die Beträge — dargeliehen habe,

b. daß Beklagter ihm die Verzinsung dieser Beträge versprochen habe;

— — — — — —

B. der Beklagte — — —

III. Beklagter und Widerkläger wird mit den **excipiendo et reconveniendo** geltend gemachten Forderungen angebrachter Maßen abgewiesen.

Auf Appellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze vom Appellationsgericht am 10. Oktober 1851 und vom Oberappellationsgericht am 31. Januar 1852 bestätigend erkannt.

94. Begründung einer Einrede. Aussetzung der Beweisführung derselben bis nach erbrachtem Beweise der Klage. Ausnahme bei der exceptio compensationis.

Anlangend die Einrede der Compensation, so mußte dieselbe

1. schon aus dem von dem Stadtgerichte hervorgehobenen Grunde, wie geschehen verworfen werden, denn, wenn man auch anzunehmen hat, daß die Thatsachen, aus denen das Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrages sich entnehmen läßt — die erfolgte Einigung, der Gegenstand, die beiderseitigen Leistungen — nothdürftig behauptet worden sind, so enthält doch die von dem Beklagten aufgestellte Berechnung, insoweit dieselbe gegenwärtig noch in Betracht kommt, eine so unbestimmte Darlegung der einzelnen, den Saldo bildenden Posten, daß es unthunlich ist, dieselbe zur Grundlage eines Beweisverfahrens zu machen. Auch läßt sich dagegen nicht einwenden, daß in dem Beweisverfahren zunächst das Vorhandensein und der Inhalt des Gesellschaftsvertrages liquide zu stellen, die daraus sich ergebende Forderung des Beklagten an den Kläger aber Gegenstand des späteren Liquidationsverfahrens sei, denn der Beklagte selbst hat durch die Specification seiner Forderung dieselbe zum Vorwurf der gegenwärtigen Beurtheilung gemacht und war mithin verpflichtet, dieselbe so einzurichten, daß der Kläger im Stande war, sich in genügender Weise darauf einzulassen und so die Beurtheilung dem Richter möglich zu machen. Jedenfalls ist aber

2. die Einrede aus dem Grunde zu verwerfen, weil der Beklagte das Verlangen ausgesprochen hat, daß sein deßfallsiger Beweis bis zur Erbringung des dem Kläger obliegenden Beweises ausgesetzt werde. Zwar hält das Oberappellationsgericht ein derartiges Verlangen der Regel nach für begründet

Jurist. Abhandl. I. p. 280

F. Lebling c. Gerothwohl 1832.

Scholl und Moers c. Beyschlag 1833.

Diese Regel leidet indessen, wie von dem Oberappellationsgericht ebenfalls früher erkannt worden ist, bei dem Beweise der Einrede der Compensation eine Ausnahme, denn wenn

der Kläger den Beweis seiner Forderung erbracht hat, so ist diese dadurch liquid gestellt und es mithin nach L. ult. C. de comp. unzulässig, deren Vollstreckung durch einen mit Weiterungen verknüpften Beweis der Compensationseinrede aufzuhalten.

Das Stadtgericht erkannte:

daß die auf den Grund dieser angeblichen Geschäftsgemeinschaft eventuell und reconveniendo geltend gemachten Gegenansprüche des Beklagten in Ermangelung der gehörigen Substantiirung in gegenwärtigem Verfahren nicht zu berücksichtigen sind.

Das Appellationsgericht erkannte:

Nach den Vorträgen des Beklagten in vorderer Instanz und nach dem Antrage desselben in gegenwärtiger Instanz ist die Absicht des Beklagten auf eine gleichzeitige Verhandlung seiner einrede- und widerklageweise geltend gemachten Ansprüche mit den Ansprüchen des Klägers überall nicht gerichtet; er will zu einer Verhandlung und zum Beweise derselben zugelassen werden erst in dem Falle, daß der Kläger den ihm auferlegten Beweis erbracht haben würde. Die in dieser Richtung aufgestellte Beschwerde ist unbegründet, da ein solches Verfahren mit dem Gebrauche bei den hiesigen Gerichten nicht übereinstimmen, auch mit den dann zur Anwendung kommenden Bestimmungen der L. 14 C. de comp. in Widerspruch stehen würde. Uebrigens ist die Abweisung des Beklagten nur angebrachter Maßen erfolgt und fehlt es sonach, namentlich unter Verweisung auf Ref. I. 21, §. 3 dem Appellanten an jedem Interesse zur Aufstellung der Beschwerde.

95. Eine eventuelle Widerklage ist unzulässig. Begründung der Widerklage.

Anlangend sodann die Widerklage, so mußte solche

1. schon um deßwillen abgewiesen werden, weil der Widerkläger dieselbe durchgängig als eine eventuelle bezeichnet hat, die Rechte aber nur eine gleichzeitige Widerklage und eine Nachklage kennen, welche letztere, wie schon in den Gründen des vorigen Urtheils durch die Hinweisung auf Ref. I. 21 § 3 angedeutet worden ist, dem Widerkläger natürlich unbenommen bleibt, eine eventuelle Widerklage aber dem deutschen Civilprozeßrecht unbekannt ist.

Wollte man indessen diese Bezeichnung nur dem Sachführer beimessen und dem Richter die Befugniß geben, von Amtswegen die betreffende Verbesserung eintreten zu lassen, so müßte doch

2. die Widerklage jedenfalls um deßwillen verworfen werden, weil ihre Grundlage nicht mit ausreichender Bestimmtheit angegeben worden ist. Während nämlich mittelst der Compensationseinrede die Hälfte des Schadens, welcher eine Folge des unter den Partheien angeblich abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages gewesen sei, geltend gemacht wird, ist die andere Hälfte dieses Schadens auf dem Wege der Widerklage aus dem Grunde gefordert, weil ihn der Widerbeklagte durch seine Handlungsweise bei Ausführung der gemeinsamen Geschäfte schuldvoll veranlaßt habe. Es sind aber weder die Geschäfte, bei welchen dieses Verschulden stattgefunden im Einzelnen namhaft gemacht, noch sind Thatumstände, aus denen sich entnehmen ließe, daß der Lebenswandel des Widerbeklagten einen Charakter angenommen habe, welcher dritten Personen gerechte Besorgniß bei Eingehung von Geschäften mit der Gesellschaft hätte einflößen können, irgend mit Bestimmtheit angeführt. Es würde also auch in Betreff der Widerklage dem Beweisverfahren ein bestimmter und ausreichender Inhalt fehlen.

XLI.

Anna Maria Dorothea Heygen, geb. Brenck dahier, Klägerin,

contra

Hermann Ebener dahier, Beklagten.

Der verstorbene Ehemann der Klägerin hatte die Schreinerarbeit zu dem von dem Beklagten gebauten Hause geliefert. Differenzen, die entstanden waren, veranlaßten die Klägerin, Klage zu erheben. Nachdem Klägerin in der Replik noch angegeben hatte, daß sie aus der Ehe mit Heygen zwei minderjährige Kinder als

gesetzliche Vormünderin zu vertreten habe, erließ das Stadtgericht am 7. Mai 1849 das Beweisinterlocut:

A. Klägerin hat binnen 14 Tagen glaubhaft nachzuweisen, daß aus der Ehe mit ihrem verstorbenen Ehemanne Peter Anton Heygen zwei minderjährige Kinder vorhanden seien, bei Vermeidung mit ihrer Klage angebrachter Maßen abgewiesen und in die Kosten verurtheilt zu werden.

B. Es hat binnen 14 Tagen **salva reprobatione** zu beweisen

A. Klägerin:

1. daß die für die Arbeiten zc. angesetzten Preise den für solche Arbeiten hier üblichen Preisen entsprechen;

3. daß die Arbeiten zc. dem Beklagten geliefert worden seien.

B. Beklagter:

1. daß hinsichtlich der Posten der Rechnung zc. der verstorbene Ehemann der Klägerin ihm einen verbindlichen Voranschlag zugestellt habe und daß in solchem die betreffenden Preise zu so und soviel angesetzt gewesen seien.

Die Klägerin überreichte zur Befolgung der Auflage sub A. Kirchenbuchauszug, nach welchem sich herausstellte, daß Klägerin bereits vor Einreichung der Replik zur zweiten Ehe geschritten war und somit die Vormundschaft über ihre Kinder 1. Ehe verloren hatte.

Den Beweissatz sub. B. A. 1. trat Klägerin durch Benennung Sachverständiger, den Beweis sub. B. A. durch Anerbieten zur Produktion und Beschwörung ihres Handwerksbuches an und schlug die genannten Sachverständigen als Zeugen vor, ob die fraglichen Arbeiten in dem Hause des Beklagten wirklich vorhanden seien.

Der Beklagte, legte zur Führung des Beweises sub. B. B. 1. zwei Urkunden vor, aus denen jedoch ein contraktliches Verhältniß der Partheien nicht ersichtlich war.

Die Eideszuschiebungen, sowie der Antretung der weiter, oben nicht genannten Beweissätze können hier außer Betracht bleiben.

Das Stadtgericht erkannte am 30. April 1851, daß die oben unter A. gemachte Auflage erledigt, der Sachverständigenbeweis für B. A. 1 und 3 zuzulassen, dagegen der Urkundenbeweis für B. B. 1. als verfehlt zu betrachten sei.

Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten von dem Appellationsgericht am 15. Aug. 1851 und von dem Oberappellationsgericht am 10 Febr. 1852 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten bestätigt.

96. Befugniß der Ehefrau, die zur zweiten Ehe geschritten ist, für sich und ihre minderjährigen Kinder Schulden der 1ten Ehe einzutreiben.

Allerdings steht die hier eingeklagte Forderung, weil zur Errungenschaft und dem gemeinen Gute gehörig, nur zur Hälfte der Klägerin zu vollem eigenem Rechte zu, gehört dagegen für die andere Hälfte zu dem Vermögen der erstehelichen Kinder, über welche die Vormundschaft der Mutter, und damit auch die eigentliche Vertretungsbefugniß derselben aufgehört hat. Allein an dem lebenslänglichen Nießbrauche und Beisitze, welcher der Mutter kraft ihres statutarischen Erbrechts an dem Erbtheile der Kinder gebührt,

Reform. V. 1 § 7. 4 § 5 und 5 § 10.

ändert anerkanntermaßen deren anderweitige Verehelichung nicht.

vergl. Orth Anmerk. Th. I. p. 548, Th. II. p. 455, Th. IV. § 267.

Adlerflycht Frankf. Privatr. § 75 in fine (Th. II. p. 117).

Bender Handbuch ꝛc. § 27 sub 4^{b} und § 47 sub b (p. 76 und 151).

In Folge hiervon besteht denn auch, abgesehen von Alienationen und ähnlichen, nicht zur laufenden Verwaltung zu rechnenden Dispositionen, das Administrationsrecht der Mutter für das gesammte Vermögen der erstehelichen Kinder während der zweiten Ehe fort, so lange nicht die denselben bestellten, zu einer Aufsicht so verpflichteten, als berechtigten Vormünder im Interesse der Kinder von der in

Reform. V. 8 § 10

enthaltenen Bestimmung Gebrauch zu machen veranlaßt sind, daß der überlebende Ehegatte seine Leibzucht verwirke, wenn er sich deß Beysess mißbrauche, die Güter nicht in gebürlichem Wesen erhalte, sondern verfallen und in Abgang kommen lasse.

Daß nun aber das Administrationsrecht auch die Befugniß in sich schließe, solche Ausstände, welche nicht dem unbeweglichen Gute zuzuzählen sind, selbstständig und ohne Mitwirkung der Vormünder aufzukündigen, einzuziehen und einzuklagen, ist sowohl nach den obigen Schriftstellern in Frankfurt durch die entschiedenste Praxis anerkannt, als auch wird dies in der

Verordn. vom 3. December 1776 sub 5 bei (Beyerbach Bd. 2 p. 253)

dadurch anerkannt, daß hier die Nießbrauchs- und Administrationsbefugnisse der überlebenden Mutter für den Fall ihrer anderweiten Ehe in Bezug auf ihrer Kinder Gelder und Capitalien (worunter nach Sinn und Wortlaut der Verordnung nur das zu Insatz oder sonst zinsbar angelegte Capitalvermögen, nicht jeder Geschäftsausstand zu verstehen ist) lediglich der Beschränkung unterworfen sind, daß sie dann ausnahmsweise eines Vergünstigungsdekrets bedürfe; und kann diese fortdauernde mütterliche Verwaltung des von dem ersten Ehegatten auf die Kinder übergegangenen Vermögensantheils um so weniger Anstand erregen, weil das Interesse der Kinder durch die Mitaufsicht der Vormünder und durch das Ersteren an dem gesammten Vermögen der Mutter zuständige Pfandrecht sichergestellt ist.

Vergl. Gesetz vom 7. Januar 1837 sub A VI.

Das Stadtgericht erkannte:

Da die Klägerin wegen ihres Uebertritts zur zweiten Ehe und der erfolgten Bevormundung ihrer minderjährigen Kinder erster Ehe nicht als zu der Beitreibung von aus dieser Ehe herrührenden Ausständen unbefugt angesehen werden kann, so erscheint die ihr im Erkenntniß vom 7. Mai 1849 unter A gemachte Auflage durch den Kirchenbuchauszug erledigt und der Legitimationspunkt geordnet.

Das Appellationsgericht ging von der Erwägung aus:

Daß auch die Mutter, welche zur zweiten Ehe schreitet, in der Regel ungestört im Besitz und Genuß, so wie in der Verwaltung des Vermögens ihrer Kinder erster Ehe verbleibt, während die für letztere ernannten Vormünder nur eine Aufsicht über diese Verwaltung, nicht aber eine solche selbst zu führen haben, und daß,

wenngleich in Ausnahmsfällen der Mutter diese Verwaltung entzogen werden kann, eine solche Ausnahme in dem vorliegenden Falle von dem Beklagten nicht behauptet worden ist, mithin allerdings, wie das vorige Erkenntniß angenommen hat, der Legitimationspunkt geordnet erscheint.

97. Irrige Bezeichnung des Beweismittels. Benennung der Sachverständigen als Zeugen.

Ist es gleich richtig, daß Klägerin die beiden von ihr zu einem andern Beweispunkte als „Kunstverständige" vorgeschlagenen Schreinermeister bei den hier in Frage stehenden Rechnungsposten „als Zeugen" darüber vernommen wissen wollte, daß „diese Arbeiten und Lieferungen im . . . Hause der Beklagten und unter den darin befindlichen Schreinerarbeiten wirklich vorhanden seien", so ist es doch klar und wird vom Beklagten selbst anerkannt, daß es sich hier um einen Beweis handelt, der nach Lage der Sache überall nicht anders als eben durch Sachverständige geführt werden kann; denn nur unter Voraussetzung technischer Kenntnisse wird sich darüber ein festes Urtheil gewinnen lassen, ob jene in der Rechnung separat verrechneten, nach Beklagtens Angabe theils ganz fehlenden, theils zu anderen Arbeiten und Rechnungsposten gehörigen und mit darunter begriffenen Arbeiten als wirklich vorhanden und außer letzteren geliefert zu erachten seien oder nicht. Wo nun aber ein nur durch Sachverständige zu erbringender Beweis durch rechtzeitige Benennung kunstverständiger Personen angetreten wird, darf auf die Partheibezeichnung des intendirten Beweises als eines Zeugenbeweises kein Gewicht gelegt werden, zumal bei dem Beweise durch Sachverständige die Feststellung streitiger Thatsachen meist mit deren und sonstiger bereits feststehenden Fakta Begutachtung concurrirt, auch gemeinrechtlich die prozessualischen Formen der einen und anderen Beweisführung ganz analog sind und darüber kein Zweifel sein kann, daß in dem sogenannten Beweise durch sachverständige Zeugen ein vermittelndes Glied beider Beweisformen anzuerkennen sei. Es ist daher nicht, wie Beklagter vermeint, als eine willkürlich ex officio beliebte mutatio probationis, sondern nur als eine in dem richter-

lichen Prozeßleitungsamte wohl begründete Deklaration der Partheianträge aufzufassen, wenn das Stadtgericht, mit Hintansetzung jener offenbar irrthümlich gebrauchten Worte „als Zeugen", verfügt hat, daß die Beweisaufnahme durch Sachverständige auch auf den hier in Frage stehenden Streitpunkt zu erstrecken sei; und liegt hierin zu einer Beschwerde um so weniger Grund vor, als Klägerin zugleich beantragt hatte, daß den ihrerseits producirten Sachverständigen vorgängig ihrer Vernehmung „als Zeugen" Einsicht des beklagtischen Hauses und den darin befindlichen Schreinerarbeiten gestattet werde, nun aber eine solche Ocularinspektion, deren Gestattung hier als unvermeidlich sich darstellt und daher nicht, wie Beklagter vermeint, geweigert werden kann, offenbar mehr dem Gebiete des Sachverständigen-, als dem des Zeugenbeweises angehört.

Das Stadtgericht erkannte:

Wenn die Klägerin in Bezug auf die Beweisauflage **sub B. A. 3** neben dem Anerbieten zur Produktion und Beschwörung ihres Handwerksbuches die vorerwähnten Sachverständigen zur Vernehmung darüber, daß die — aufgeführten Arbeiten in dem Hause des Beklagten wirklich vorhanden seien, als Zeugen vorgeschlagen hat, so kann doch diese unrichtige Bezeichnung nicht hindern, daß die fragliche Besichtigung und Vergleichung von Sachverständigen vorgenommen werde, weil solche einen gewissen Grad von technischer Kenntniß und Erfahrung voraussetzt. Würden aber demnächst die sowohl wegen des vorderen, als des vorliegenden Beweises zu adhibirenden Sachverständigen die betreffenden Arbeiten als in dem Hause des Beklagten befindlich erklären, so müßte der Beweis deren Lieferung von Seiten der Klägerin als erbracht angesehen werden, da Beklagter nirgendwo zu behaupten vermocht hat, daß ihm diese Arbeiten von anderer Seite geliefert worden seien, während falls der Befund der Sachverständigen im entgegengesetzten Sinne ausfiele, das Handwerksbuch dem alsdann verfehlten Beweise nicht aufhelfen könnte und daher von der Produktion und Beschwörung dieses Buchs unter jeder Voraussetzung Umgang zu nehmen sein wird.

98. Beweis der Lieferung einer Arbeit durch den Beweis, daß die Arbeit vorhanden ist.

Etwas mehr Schein hat der namentlich in jetziger Instanz vom Beklagten erhobene Einwand, es sei damit, daß die Sachverständigen die hier streitigen Arbeiten für in seinem Hause wirklich vorhanden erklärten, doch noch nicht deren Lieferung abseiten des verstorbenen Ehemannes der Klägerin erwiesen. Denn weder ist die Möglichkeit zu verkennen, daß Beklagter grade diese Arbeiten durch einen anderen Schreinermeister hätte arbeiten lassen, noch kann es ihm zum Präjudize gereichen, daß er nicht schon in erster Instanz mit einem derartigen Einwande hervorgetreten ist, da die Bestimmung des § 37 des J. R. A., alsbald anzugeben, wie sich die Sache anders verhalte, nicht weiter ausgedehnt werden darf, als daß grade über dasjenige Sachverhältniß, aus welchem geklagt worden ist, der Beklagte sich vollständig nach dem Maße seiner Wissenschaft alsbald erkläre.

Erwägt man indessen einerseits, wie von Anfang an darüber, daß Heygen die zum beklagtischen Hausbau überhaupt erforderliche Schreinerarbeit übertragen erhalten und daß er dieselbe im Ganzen geliefert habe, kein Streit obwaltete, und nur darüber Einverständniß fehlte, ob auch die hier in Frage stehenden Arbeiten, welche sämmtlich als ursprüngliche und wesentliche, nicht als bloße Reparaturen sich darstellen, erforderlich gewesen und als selbstständige Arbeiten neben den übrigen verrechneten und zugestandenen Lieferungen geleistet worden seien, und wird andererseits berücksichtigt, daß Beklagter auch noch in jetziger Instanz, nachdem ihm in beiden früheren Urtheilen der Mangel jeder deßfallsigen Angabe vorgehalten worden, mit der Behauptung hervorzutreten nicht gewagt hat, es seien die fraglichen Arbeiten von anderen Werkmeistern geliefert worden, so erscheint die Schlußfolgerung genügend gerechtfertigt, auf welcher der angefochtene Ausspruch des Stadtgerichts beruht, daß, falls die Sachverständigen das Vorhandensein der streitigen Arbeiten bestätigten, der Beweis ihrer Lieferung von Seiten der Klägerin als erbracht angesehen werden müßte.

99. Beweiskraft des von einem Handwerksmeister vor der Arbeit gemachten Ueberschlags.

Anlangend — die Beschwerde, welche Beklagter um deßwillen erhoben hat, weil der von ihm zum decisum sub B. B. 1 des Interlocuts angetretene Urkundenbeweis gar nicht zur weiteren Verhandlung zugelassen, sondern alsbald für verfehlt erklärt worden sei, so bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob und in wie weit die in Anlage B und C vorgelegten Scripturen, falls deren Aechtheit und angeblicher Ursprung constatirt würde, nach Wortlaut der daraus speciell inducirten Positionen geeignet sein dürften, für die hier in Frage stehenden Rechnungsposten einen Beweis der vom Beklagten behaupteten anschlagswidrigen Preisansetzung zu liefern. Denn ganz abgesehen von dem höchst auffallenden Umstande, daß Beklagter in erster Instanz durchgängig nur von einem Voranschlage redet und nun mit zwei, in Handschrift, Fassung und Ansätzen divergirenden Preisanschlägen hervortritt, von denen der in Anlage C auch nicht einmal die Hindeutung auf den beklagtischen Hausbau enthält, welche sich in der Ueberschrift der Anlage B findet, und daß Beklagter, wo über eine und dieselbe Kategorie von Arbeiten beide Anschläge sich verbreiten, je nach seiner Convenienz mit Rücksicht auf die geringeren Preisansätze bald die eine, bald die andere zum Beweise benutzen will, so steht jeder Berücksichtigung dieser Scripturen schon dies entscheidend entgegen, daß keine derselben einen nur irgend verläßlichen Hinweis darauf enthält, daß ihnen nicht etwa bloß, wie dies bei beabsichtigten Bauten ganz gewöhnlich ist, eine vorläufige Erkundigung und unmaßgebliche Aeußerung über den wahrscheinlichen Kostenbelauf zum Grunde liege, welchen gewisse Arten von Arbeiten erfordern dürften, sondern daß sie vielmehr, worauf doch theils ausdrücklich, theils unbestreitbar das Beweisinterlocut geht, für einen bereits feststehenden Bau und für den zu solchem Behuf geschlossenen Lieferungskontrakt einen „verbindlichen Voranschlag" der Preise abgeben sollten, um welche der Bauherr die Lieferung derselben bedungen, und der Bauübernehmer fest zugesagt hätte.

Bei solcher Lage der Sache aber muß es schon formell unstatt-

haft erscheinen, auf jene Scripturen hin ein weiteres, unnützes Verfahren eintreten zu lassen, und konnte es nur gebilligt werden, daß das Stadtgericht diesen ganzen Versuch eines Urkundenbeweises alsbald beseitigt hat.

Das Stadtgericht erkannte:

Die von dem Beklagten rücksichtlich des ihm sub B B 1 nachgelassenen Beweises producirten beiden Preisverzeichnisse würden zwar unter Voraussetzung deren Aechtheit nicht, wie Klägerin vermeint, in formeller Beziehung zu beanstanden sein, da aber daraus nicht ohne weiteres zu entnehmen ist, daß solche die angegebenen Posten der Rechnung betreffen und hierzu eine von Sachverständigen vorzunehmende Untersuchung und Prüfung erforderlich gewesen wäre, der Beklagte jedoch den Beweis zugleich durch Sachverständige anzutreten unterlassen hat, so können die vorerwähnten Urkunden als erhebliche Beweismittel nicht betrachtet werden und es erscheint der Beweis des Beklagten, insoweit derselbe durch jene Urkunden hergestellt werden soll, verfehlt.

Das Appellationsgericht ging von der Erwägung aus:

Daß den fragl. Urkunden an und für sich umsomehr irgend eine Relevanz für den damit versuchten Beweis abgeht, als daraus nicht zu entnehmen ist, ob die von Heygen gelieferten Arbeiten nach den darin unterstellten Maßen, Holzarten u. s. w. oder nach andern dergleichen wirklich ausgeführt worden seien, wie denn schon z. B. nach pos. 14 ꝛc. der Rechnung Fensterrahmen à 3½′ hoch geliefert worden sind, während in Anlage ꝛc. von Fensterrahmen, welche nur 2′ 6″ hoch sein sollen, die Rede ist, und auch rücksichtlich der übrigen hier einschlagenden Posten wenigstens aus den Akten nicht ersichtlich ist, ob die betreffenden Arbeiten identisch mit den der in der Beweisauflage zu Grunde gelegten seien oder nicht.

XLII.

Carl Friedrich Wilhelm Heyne dahier, Kläger und Widerbeklagter

contra

Ph. Rentz, Ehefrau Jeannette geb. Heyne zu Bonames, Beklagte und Widerklägerin.

Kläger klagte auf Zahlung einer Darlehnsschuld von fl. —, gestützt auf einen Schuldschein vom 15. März 1841 [3] act., worin die Beklagte bekennt, von dem Kläger die Summe von fl. — dargeliehen erhalten zu haben unter dem Versprechen der Verzinsung zu 4%. In der Replik gab Kläger zu, dieses Darlehn nicht am 15. März 1841 und auch nicht in ungetrennter Summe an die Beklagte ausbezahlt zu haben, dagegen behauptete er, daß er bei einer für die Beklagte besorgten Vermögensverwaltung und hierbei gehabten Einnahmen und Ausgaben mit der fraglichen Summe in Vorschuß geblieben und die Beklagte in Folge stattgehabter Abrechnung, jedenfalls in Folge der von ihm geleisteten Mehrzahlung ihre Schuld durch den erwähnten Schein als Darlehen anerkannt habe. Beklagte gründete ihre Widerklage auf Rechnungsstellung und Abrechnung des Klägers in Betreff des verwalteten Vermögens.

Das Stadtgericht erkannte am 16. April 1851:

I. der Kläger hat — — darzuthun, entweder

1. daß der Schuldschein [3] act. in Gefolge einer zwischen ihm und der Beklagten stattgehabten Abrechnung ausgestellt worden ist oder

2. daß er bei der Einnahme- und Ausgabebesorgniß für die Beklagte mit der Summe von fl. — oder wie viel weniger im Vorschuß geblieben ist.

Zur Erbringung der Alternative ad 2 hat der Kläger darzuthun ꝛc.

VII. Mit aller in den vorstehenden (pos. II — VI enthalten Bestimmungen über Liquidität einzelner Rechnungsposten) Verfügungen nicht besonders berücksichtigten Ansprüchen und Einreden in con- und reconventione wird die Beklagte abgewiesen;

VIII. der Kostenpunkt bleibt ausgesetzt.

Auf beiderseitige Berufung bestätigte das Appellationsgericht am 4. Juli 1851 das stadtgerichtliche Urtheil unter Kostencompensation, jedoch mit der Erläuterung, daß durch die Abweisung der Widerklägerin in VII eine Condemnation des Widerbeklagten in dasjenige, was derselbe etwa in Folge der Nichterbringung der ihm obliegenden Beweise noch an die Widerklägerin herauszuzahlen haben sollte, nicht hat ausgeschlossen werden wollen.

Bei diesem Urtheile verblieb es trotz der Oberappellation des Klägers zufolge Erkenntnisses des Oberappellationsgerichtes vom 19. Februar 1852: die Kosten der Instanz wurden jedoch verglichen.

100. Beweiskraft der Schuldscheine über Darlehen durch Novation früherer Forderungen.

Wenn — Appellant den — Einwand erneut, daß, da der von ihm producirte, von der Beklagten als ächt anerkannte Schuldschein weit über zwei Jahre alt sei, nicht einmal der Beklagten gestattet werden könne, hinsichtlich ihrer verbrieften Schuld den Beweis eines indebitum zu versuchen, so genügt die Bemerkung, daß es nach eigenem Geständnisse des Klägers sich hier um eine für eine ältere, schon bestandene Schuld ausgestellte Verschreibung und um die jener älteren Schuld entgegengesetzte exceptio indebiti handelt, nun aber sowohl die fragliche Vorschrift des römischen Rechts

L. 14 C. de non num. pec. (4, 30)

§ 1 J. de litter. oblig. (3, 22)

lediglich die exceptio non numeratae pecuniae oder den Fall betrifft, wo in Erwartung eines erst noch zu empfangenen Darlehns und behufs Contrahirung einer neuen Schuld ein Schein

ausgestellt wird, als auch nur in Betreff dieser letzteren Einrede durch das

Gesetz vom 15. December 1829 (Gesetz- u. Statutens. IV. p. 177)

an den gemeinrechtlichen Bestimmungen etwas geändert ist.

101. Ist es unzulässige Klagänderung, wenn bei einer Klage aus einem Darlehen in der Replik erklärt wird, die Schuld beruhe auf Abrechnung?

Es ist Inhalts der auf Rücksichten der Billigkeit und Nützlichkeit beruhenden

L. 15 D. de reb. cred. (12, 1)

ungeachtet der entgegenstehenden, nur von dem strengen Rechte redenden

L. 34 pr. D. mandati (17, 1)

sowohl in der Praxis bestimmt anerkannt, als auch von dem Oberappellationsgericht schon früher ausgesprochen, daß eine anderweite Schuld durch die Verabredung, es solle die betreffende Summe dem Schuldner als verzinsliches Darlehen gelassen werden, in eine Darlehnsschuld sich verwandle und fortan als wirkliches mutuum zu behandeln sei

vergl. Vinnii select. quaest. lib. I. c. 40.
Glück Erläut. der Pand. Bd. 12 p. 14 — 18.
Vangerow Leitfaden III. §. 623. Anm. sub II. 2, p. 366.

Es kann mithin darin, daß Kläger replicando, sowie in duplicis reconventionis unter dem Geständnisse, „die fragliche Summe der Beklagten nicht erst am 15. März 1841 gegeben" und „nicht in klingender Münze zugestellt" zu haben, sich darauf berief, es sei seiner Schwester eine Abrechnung über ihr, seiner Verwaltung übergebenes Vermögen und über die für sie gemachten Auslagen und Vorschüsse bereits mehrere Tage vor ihrer damaligen Abreise vorgelegt, folgends mit allen Belegen am Vormittage behändigt und hierauf, wie dies schon zuvor verabredet gewesen, in Anerkennung der daraus resultirenden Schuld der fragliche, gleichzeitig mit den Belegen ihr zugestellte Schuldschein vor ihr ausgestellt worden, eine derartige Verabredung aber einem förmlichen Darlehnsvertrag gleich zu stellen, eine Abänderung des

ursprünglichen ex mutuo entnommenen Klagfundaments in keiner Weise gefunden werden.

102. Wegfallen der exceptio non num. pec. bei der Novation.

Wenn die Beziehung des eingeklagten Scheines auf eine vorgängige Abrechnung und die Beschaffenheit des ex alia causa resultirenden, nunmehr als Darlehn fortzudauern bestimmten Schuldverhältnisses aus dem Schein oder anderweitig genügend erhellte, so würde weder aus der auf ein „baar geliehen haben" lautenden Fassung des Scheines ein erhebliches Bedenken erwachsen können, demselben den Sinn beizulegen, daß mittelst desselben durch Novation eine Darlehnsschuld zu übernehmen die Absicht der Beklagten gewesen sei, noch würde dann die Richtigkeit jener früheren Schuld besonders erwiesen zu werden brauchen, da Beklagte durch ihre, wie jetzt rechtskräftig feststeht *), wohlbedacht geschehene Unterzeichnung des Scheines nicht bloß die Novation selbst, sondern auch das Dasein und die Richtigkeit der novirten älteren Schuld anerkannt hätte. Es könnte mithin dann allerdings nur noch etwa auf Grund der L. 5 und 13 C. de non num. pec. der Beklagten der Beweis ihrer exceptio indebiti nachgelassen werden.

103. Angabe der causa debendi antecedens bei der Novation. Instrumentum indiscretum. Gegenstand der Beweisführung.

Der fragliche Schein ist in jeder Weise als instrumentum indiscretum zu betrachten, da er nicht einmal davon, daß eine ältere Schuld damit habe anerkannt und novirt werden sollen, eine bestimmte Andeutung enthält, geschweige denn, wie es nach

L. 13 C. de non num. pec.

L. 25 § 4 D. de prob. (22, 3)

erforderlich gewesen wäre, die causa debendi antecedens speciell angibt. Außerdem aber hat auch Beklagte ebenso entschieden — —

*) Die Beklagte hatte vorgeschützt, sie habe den fraglichen Schein ohne Kenntniß seines Inhalts im Irrthum unterzeichnet: sie wurde mit dieser Einrede in erster Instanz abgewiesen und beruhigte sich dabei.

die der Erläuterung zu Grunde gelegten Thatsachen in Abrede gestellt. Diesem bestimmten Läugnen gegenüber war es (trotz der in den Schriften für den Kläger sprechenden Momente) unvermeidlich annoch ein Beweisverfahren eintreten zu lassen, zumal keinen Falls der Beklagten der Gegenbeweis abgeschnitten werden durfte; und kann auch dem Kläger nicht einmal dies, wie er unter Berufung auf

Jurist. Abhandl. I. Nr. 18 § 20

vermeint, zu Statten kommen, daß ein instrumentum indiscretum, sobald bloß der Betrag und die Natur einer Schuld, nicht aber deren Existenz überhaupt bestritten sei, zur Beweisführung geeignet bleibe, indem bis zur Führung der die Posten — betreffenden Beweise der Beklagten — — noch ein Saldo von fl. — verbliebe, sonach Kläger deren Schuldner sein würde und mithin nach zeitiger Sachlage nicht entfernt die Rede sein kann, daß die Existenz der gegen Beklagte eingeklagten Schuld und nur nicht deren Größe feststehe.

Diesemnach war es der Sachlage ebenso sehr, als den Rechten entsprechend, wenn das Stadtgericht in der ersten Alternative des dem Kläger auferlegten Beweises dies gehörig bekundet verlangte, daß wirklich „in Gefolge einer zwischen ihm uud der Beklagten Statt gehabten Abrechnung" der eingeklagte Schein vom 15. März 1841 ausgestellt worden sei. — — — Nur sei um Mißdeutungen und Weiterungen zu begegnen, ausdrücklich bemerkt, wie mit den Worten „stattgehabten Abrechnung" keineswegs dies gemeint sein und gefordert werden kann, daß zugleich die einzelnen Posten der Abrechnung und die ihnen zu Grunde liegenden, angeblich für Beklagten und in deren Auftrag geleisteten Zahlungen und Vorschüsse als richtig oder als bei Vorlage der Abrechnung von der Beklagten anerkannt erwiesen werden müßten, denn da einerseits durch diesen Beweis eben nur der dem Scheine anklebende Mangel ergänzt werden soll, dieser aber lediglich darin besteht, daß aus dem Scheine nicht zu ersehen ist, auf welche causa debendi und daß sie auf einen aus der Abrechnung zu Klägers Gunsten resultirenden Saldo sich beziehe, und da andererseits, sobald diese Beziehung ins Klare gestellt ist, in der durch wohlbedachte Unterschrift voll-

zogenen und anerkannten Novation auch ein Anerkenntniß der novirten Schuld, also jenes Saldo läge, so muß es vollkommen zur Erbringung der ersten Beweisalternative genügen, wenn nur Kläger die damals erfolgte vorgängige Mittheilung einer der Anl. 3 in den Hauptposten entsprechenden Berechnung über die für oder an Beklagte gemachten Zahlungen und Auslagen zu erweisen vermag. In solchen Maßen auf das zwischen den Partheien bestandene Rechnungsverhältniß zurückzukommen, ist, obwohl unmittelbar daraus nicht geklagt wurde, unter allen Umständen unvermeidlich.

Das Stadtgericht erkannte:

Durch die Einräumung des Klägers, das Darlehen nicht so, wie es in der Schuldurkunde bescheinigt wird, am 15 März 1841 baar geleistet zu haben, wird dieser Schein zu einem **instrumentum indiscretum**, so daß nunmehr der Kläger die Beweislast zu übernehmen und die von ihm behauptete **causa debendi** nachzuweisen hat. Heyse und Cropp Abh. I. p. 353 ss.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus, „daß mit dem Hinwegfallen eines baaren Darlehns, als eines solchen Grundes, es jener Urkunde an der Angabe jeder weiteren **causa debendi** gebricht. Hieran ändert auch die Bestimmung in **L. 15. D. de reb. cred.**, worauf sich Appellant bezieht, um deßwillen Nichts, weil es ja eben bestritten ist und wenigstens aus der Schuldurkunde selbst nicht zu entnehmen, daß die Partheien über Constituirung der Forderung zum Darlehen übereingekommen seien.

104. Kostencompensation.

In Betreff des Kostenpunktes ist nur zu bemerken, daß mit Rücksicht auf die zur ersten Beweisalternative für dienlich erachtete Erläuterung und auf die wenigstens theilweise Zweifelhaftigkeit der Sache für die Kosten der jetzigen Instanz eine Compensation angemessen erschien.

XLIII.

Emil Rügemer dahier, Kläger

contra

die Erben des J. R. May dahier, Beklagte.

E. Rügemer behauptete, durch verschiedene Wuchergeschäfte des R. May übervortheilt worden zu sein, und klagte, nachdem das Criminalgericht auf Denunciation des Rügemer den May wegen mangelnden Beweises freigesprochen hatte, im Civilwege gegen die May'schen Erben auf Herausgabe des zuviel Gezahlten.

Das Stadtgericht erkannte am 26. Mai 1851:

Der Kläger hat — darzuthun,

1. daß ihm bei Auszahlung des — Kapitals von fl. 6000 von Rudolph May ein Abzug von fl. 1350 gemacht worden sei, oder daß er in der That nur fl. 4650 erhalten habe;

2. daß bei der im Jahr 1846 stattgehabten Prolongation und Erhöhung des — Ueberbesserungsinsatzkapitals von fl. 9500 auf fl. 12000 er von R. May nicht fl. 2500, sondern nur fl. 500 wirklich erhalten habe;

3. daß der von ihm (Kläger) in [7] act. erklärte Verzicht auf seine Betheiligung an dem mit R. May gemeinschaftlich gemachten Holzgeschäft deßhalb geleistet worden sei, weil May nur unter dieser Bedingung ihm das mehrerwähnte Insatzkapital weiter gestundet und auf den nominellen Betrag von fl. 12000 erhöht habe, und

4. daß der bei dem fraglichen Holzgeschäfte von R. May erzielte Gewinn mehr als fl. 500 und um wie viel mehr bis zu fl. 16000 betragen habe.

Auf Appellation der Beklagten wurde dies Erkenntniß unter Verfällung des Appellanten in die Kosten der Instanz vom Appellationsgericht am 15. September 1851 und vom Ober-Appellationsgericht am 21 Februar 1852 bestätigt.

105. Ein Criminalurtheil kann bei dem Nichtvorhandensein einer Adhäsion dem Civilverfahren nicht präjudiciren.

Der in erster Instanz geltend gemachte Einwand, daß dem Klaganspruch eine liquide **exceptio rei judicatae** entgegenstehe, ist von den Beklagten in gegenwärtiger Instanz nur durch Bezugnahme auf die früheren Verhandlungen wiederholt worden. Will man ihn daher nicht als aufgegeben betrachten, so müßte er doch jedenfalls aus den in den beiden früheren Erkenntnissen geltend gemachten Gründen, daß weder eine Freisprechung des verstorbenen May in dem wider ihn anhängig gemachten Criminalverfahren erfolgt sei, noch, wenn dieses der Fall wäre, das Criminalurtheil beim Nichtvorhandensein einer Adhäsion von Seiten des jetzigen Klägers dem gegenwärtigen Civilverfahren präjudiciren könne, als beseitigt angesehen werden.

Das Appellationsgericht ging von der Erwägung aus, daß

1. die Erkenntnisse des Criminalgerichtes vom 8 und 22 December 1847 eine völlige Freisprechung des Denunciaten nicht, noch weniger aber eine Abweisung des Denuncianten mit seinen Civilansprüchen enthalten, aber auch eine Freisprechung des Denunciaten von Strafe ohne gleichzeitige Verwerfung **adhaerendo** geltend gemachter Ansprüche nur ein wiederholtes Einschreiten der Criminaljustiz, keineswegs aber die Geltendmachung jener Civilansprüche bei den betreffenden Civilgerichten unmöglich machen würde.

106. Rückforderungsklage aus Wuchergeschäften. Begriff des Wuchers. Gehört zu demselben Benutzung der Noth des Schuldners?

Alles kommt darauf an, zu untersuchen, ob die von dem Kläger seinem Anspruch zum Grunde gelegten Thatumstände sich unter ein rechtliches Fundament subsumiren lassen. Dieselben gehen dahin, daß der verstorbene May am 1. Mai 1843 ein Kapital von fl. 6000 sich von dem Kläger als empfangen habe verschreiben lassen, jedoch nur fl. 4650 ausbezahlt habe; wie nicht minder, daß derselbe am 4. April 1846 dem Kläger die Prolongation seiner Forderung auf ein Jahr und einen Zuschuß von fl. 500 unter

der Bedingung bewilligt habe, daß der Kläger ihm fl. 2500 verschreibe und zugleich auf seinen Antheil an dem fl. 16000 betragenden Gewinn eines mit May unternommenen Holzgeschäftes Verzicht leiste: welche doppelte Bedingung von dem Kläger erfüllt worden sei. Wenn nun die Beklagten in gegenwärtiger Instanz

a. diesen Thatbestand unter den Gesichtspunkt der **de dolo actio** stellen zu dürfen vermeinen, so bedarf ihr gegen diese Klage aus der Verjährung derselben entnommener Einwand keiner Prüfung, da die gedachte Klage offenbar nicht angestellt ist. Die Beklagten haben aber

b. auch schon in erster Instanz — — den klägerischen Anspruch als eine **non numeratae pecuniae querela** aufgefaßt. Dieser Gesichtspunkt kann nicht, wie von dem Kläger in der Vernehmlassung gegenwärtiger Instanz geschehen ist, dadurch beseitigt werden, daß er als neuer, in erster Instanz übergangener Einwand aufzufassen sei. Vielmehr würde seine Richtigkeit vorausgesetzt, es einer Beantwortung der von den Beklagten berührten, in die betreffende Lehre nach gemeinem, wie nach Frankfurter Recht einschlagenden Fragen bedürfen. Dieses ist jedoch nicht der Fall; denn

c. aus dem obgedachten wesentlichen Inhalt der Klage, jedenfalls wenn man ihn mit der zu seinem Verständniß beigefügten Geschichtserzählung verbindet, erhellt mit völliger Klarheit, daß es sich hier von einem Falle handelt, in welchem der Schuldner bei Auszahlung der Anlehen und bei der mehrfach von ihm ausgestellten Empfangsbescheinigung wußte, daß ihm die volle Summe, über welche er quittirte, nicht ausbezahlt werden solle, sondern mit seinem Einverständniß der Gläubiger ihm nur eine geringere Summe zahlte, gegen Uebernahme der Verpflichtung sich für eine höhere Summe zum Schuldner zu bekennen und solche seiner Zeit zurückzubezahlen. Der Kläger beabsichtigt also gegenwärtig die Rückforderung eines dem verstorbenen May zur Last gelegten wucherlichen Gewinnes und das Fundament seines Anspruches ist zu finden in **L 26 § 1 C. de usuris; verbis: interdicta licentia creditoribus ex pecuniis foenari dandis aliquid**

detrahere, vel retinere siliquarum nomine, vel sportularum vel alterius cujuscunque causae gratia,

so wie in der

Reichs-Polizeiordnung von 1577 tit. 17 § 1. § 8; **verbis:**

daß etliche ein Summa Gelds, als achthundert Gülden, hinleihen sollen, und doch im Kaufbrief mehr den tausend Gülden setzen lassen, dardurch ihnen mehr denn Fünff vom Hundert verzinset und im Wiederkauff mehr dann ihre Hauptsumma gewesen, empfahen — — — —, so erklären Wir solche wucherliche Contrakt als kraftlos,

welche gerade den hier angeblich vorliegenden Fall enthält.

Dagegen kommt weder in Betracht, daß, wie die Beklagten besonders in gegenwärtiger Instanz hervorheben, der Begriff des Wuchers um deßwillen ausgeschlossen sei, weil von dem Kläger dem verstorbenen May das Nehmen verbotener Procente nicht beigemessen werde; denn der Begriff des Wuchers ist hierauf nicht beschränkt; — noch der Einwand, die **indebiti condictio** sei hier um deßwillen ausgeschlossen, weil der Kläger wissentlich die Zinsen von dem verschriebenen vollen Betrag der May'schen Forderung bezahlt und ebenso wissentlich das ganze Kapital habe berichtigen lassen. Denn die Klage auf Rückforderung des Wuchers ist eine **sine causa condictio**, und es kommt unbestritten bei solcher nicht darauf an, daß der Schuldner ihn wissentlich bezahlt hat. Wäre die Wissenschaft ein Grund, den Anspruch auszuschließen, so würde es um die Wirksamkeit der gegen den Wucher gegebenen Gesetze vollends geschehen sein. Ebenso wenig und aus gleichem Grunde kann die Anerkennung der in einem wucherlichen Geschäfte beruhenden Forderung, und wenn sie auch noch so oft stattgefunden hätte, irgend in Betracht kommen. Die klägerischen Behauptungen sind also als ausreichendes faktisches Fundament eines rechtlichen Anspruches zu betrachten, und es fragt sich nur noch

d. ob die Ausstellungen, welche die Beklagten an der Fassung des Beweissatzes in gegenwärtiger Instanz gemacht haben, eine Berücksichtigung verdienen. Dieselben können nicht mit dem Kläger schon um deßwillen zurückgewiesen werden, weil eine ausdrückliche Beschwerde hierauf in voriger Instanz nicht gerichtet gewesen

sei; denn wer die gänzliche Abweisung der Klage verlangt, hat sich jedenfalls auch darüber beschwert, daß dieselbe von einem ihm ungünstigen Beweisthema abhängig gemacht sei. Es sind jedoch die gemachten Ausstellungen in der Sache ohne Grund. Die Beklagten verlangen, daß den Beweissätzen eine Beziehung gegeben werde, aus der sich das Vorhandensein eines Wuchers ergäbe, und zu dem Ende die Aufnahme des vom Kläger in seiner Geschichtserzählung Vorgetragenen, namentlich des Umstandes, daß der verstorbene May die Noth des Klägers zu Erpressungen benutzt habe. Indessen mit Unrecht. Jene Momente nämlich sind nur als Einleitung zum Verständniß des Abschlusses der in Rede stehenden Geschäfte in der Klagschrift angeführt worden und stehen in keinem Causalzusammenhang mit dem Beweisthema. Der Nothstand des Klägers gehört aber nicht zu diesen, sondern würde der Inhalt eines eigentlichen Gegenbeweises zu einer von den Beklagten gemachten, die Abzüge ihrer Rechtmäßigkeit nach begründenden Einrede sein. Eine solche ist aber von den Beklagten nicht vorgetragen und mithin der Anspruch des Klägers begründet, sobald er die Existenz der von ihm behaupteten Abzüge dargethan hat.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

ad 2. in dem vorliegenden Fall, wo es sich nicht von der **exceptio n. n. p.**, sondern von der Zurückforderung eines exorbitanten Wuchergewinnstes handelt, die Grundsätze des **constituti debiti** nicht zur Anwendung kommen können, weil — die Wahrheit der Bewucherung vorausgesetzt — diese nicht durch eine wiederholte Empfangsbescheinigung legalisirt werden kann, daß ferner

ad. 3. auch die durch den Schuldner erfolgte Berichtignng des vollen Kapitals die Reklamation des etwa darin enthalten gewesenen Wuchergewinnstes nicht ausschließt, indem gemeinrechtlich Alles, was der Darleiher über das gesetzliche Zinsenmaß von dem Schuldner direkt oder indirekt erpreßt hat, zurückgefordert werden kann

L. 13. § 26 D. de act. e. v. (19. 1)

L. 18. L. 26. § 1 C. de usuris (4, 32)

welchem die Vorschrift der **Ref. II. 11. § 11**, wonach den Betrag von 5% übersteigende, aber bereits bezahlte Zinsen nicht re-

klamirt werden sollen, nicht entgegensteht, weil hierbei immer vorausgesetzt wird, daß kein Wucher stattgefunden habe

Souchay Anmerk. I. p. 266
Bender Handbuch p. 352 3.

Das Appellationsgericht erkannte, daß

2. wie das stadtgerichtliche Erkenntniß richtig bemerkt, die vorliegende Klage keineswegs als bloße **querela non num. pec.** erscheint, sondern zugleich und vorzugsweise auf den in der Klagschrift angeführten Grund der Nichtigkeit — den Wucher — gestützt ist, welchem Fundamente später wiederholte, schriftliche und sonstige Anerkennung der Verbindlichkeit mit Erfolg nicht entgegengesetzt werden kann; daß es

3. zu den Criterien des Wuchers nach den betreffenden Reichsgesetzen und der Rechtslehrer, namentlich wenn dessen Existenz in beträchtlicher Ueberschreitung des erlaubten Zinses nach den Zahlenverhältnissen des konkreten Falles unzweifelhaft ist, keineswegs gehört, daß der Darleiher die Noth des Schuldners benutzt habe; übrigens mit dem Beweise der in der Klage behaupteten, in dem angefochtenen Erkenntnisse zum Beweise verstellten Thatsachen auch der Beweis des, nach der Meinung des Beklagten, zum Begriffe des Wuchers gehörigen Umstandes ausreichend erbracht ist.

107. Gültigkeit des freiwillig gezahlten sechsten Zinsgulden nach Frankfurter Recht.

Unbegründet ist der von den Beklagten wider die Zinsposten aus Ref. II. 11. § 11 entnommene Einwand, denn diese Stelle bezieht sich ihren Worten nach nur auf den Fall, wo von einem vollausbezahlten Darlehen mehr als 5 Procent freiwillig bezahlt worden sind, nicht aber auf den hier vorliegenden Fall, wo Zinsen von Summen unfreiwillig gezahlt sein sollen, welche überall nicht gegeben sind.

Das Appellationsgericht erwägte, daß

4. was die aus der Bestimmung in Ref. II. 11. § 11 hergeleitete Einrede anbelangt, nach der Praxis der hies. Gerichte jene Bestimmung lediglich auf den 6. Zinsgulden beschränkt wird, dieses Maß aber, wenn die Anführungen der Klage bewiesen werden

sollten, in dem vorliegenden Falle bedeutend überschritten ist; diese Ansicht der Praxis

5. mit der Ansicht und dem Wortlaute des Gesetzes auch vollkommen übereinstimmt, indem der allegirte § 11 vorschreibt, daß der Schuldner die höhern, als gesetzlichen Zinsen „von sich selber" und „gutwillig" gezahlt haben müsse, welches nichts anders heißen kann, als daß er solche aus eigener freien Bewegung und ohne einen vom Gläubiger ausgeübten Zwang gethan habe, mit dem von dem Kläger geführten Beweise aber, daß er soviel mehr verschrieben und verzinst habe, als er in Wirklichkeit empfangen, auch soviel als rechtlich gewiß anzunehmen ist, daß er hier nicht aus Freigebigkeit und nicht aus eigenem Antriebe, also weder von selber, noch gutwillig unterzeichnet und gezahlt, daß er hierin vielmehr nur den von dem Darleiher gestellten Bedingungen und dem pressenden Zwange desselben nachgegeben habe.

108. Ausdehnung des Wuchers auf einen unentgeltlichen Verzicht auf den Gewinn eines Geschäftes, der Gewinn mag bereits gemacht sein oder noch in Hoffnung stehen.

Die erste eventuelle Beschwerde betrifft die Erstreckung des klägerischen Anspruchs auf den aus dem Holzgeschäft gemachten angeblichen Gewinn von fl. 16000, indem die Beklagten, auf Grund der — von dem Kläger anerkannten Verzichtleistnng desselben, diesen jedenfalls mit seiner deßfallsigen Forderung ausgeschlossen wissen wollen. Nun ist es zwar, wie die Beklagten mit Recht hervorheben, sehr unwahrscheinlich, daß der Kläger, wenn ihm am 4. April 1840 ein Anspruch an den verstorbenen May aus dem Holzgeschäft zum Betrag von fl. 8000 zugestanden haben sollte, sich veranlaßt gesehen habe, diesen ganzen Anspruch um den Preis aufzugeben, daß May seine nominelle Forderung von fl. 9500, welche in der That nur fl. 8150 betragen hätte, auf 1 Jahr prorogire und außerdem fl. 500 zahle, wogegen aber überdies der Betrag der May'schen Forderung an den Kläger auf den Nominalwerth von fl. 12000 angeblich erhöht werden mußte. Allein als unmöglich kann eine so exorbitante Bedingung dennoch von vornen herein nicht bezeichnet werden; denn es ist völlig unklar, wie weit

der Credit des Klägers zu der Zeit, als er sich zu der gedachten Transaktion verstanden haben will, gesunken war; ob es ihm überhaupt möglich gewesen ist, damals von irgend Jemanden vor Abbürdung der May'schen Forderung Geld zu erhalten, und welche Wichtigkeit für die Bauten des Klägers damals eine Summe von fl. 500 gehabt habe. Wenn also der Kläger den ihm in dem ersten Erkenntniß auferlegten Beweis seiner Behauptungen zu führen im Stande sein sollte, so haben die Beklagten der L. 26. § 1. C. de usuris zufolge keinen Grund zur Beschwerde. Es kommt mithin auf das Vorhandensein eines psychischen Zwanges zum Abschluß des in Rede stehenden Verzichtes überall nicht an.

Beklagte verlangen aber durch ihre zweite eventuelle Beschwerde, Kläger solle bei dem vierten Beweissatz überdies darthun, daß bei Unterzeichnung des Verzichtes der Gewinn aus dem Holzgeschäft bereits erzielt gewesen sei. Ihr Grund indessen für diesen Zusatz, (wenn die Frage, ob Gewinn oder Verlust aus Geschäfte hervorgehen werde, noch ungewiß sei, so liege darin nur das Aufgeben eines unsicheren Rechtsanspruches und keine dem Kläger nachtheilige Liberalitätshandlung wider May) ist nicht durchgreifend. Zuvörderst nämlich ist es durchaus nicht ausgemacht, ob in dem Fall, daß Gewinn aus dem Geschäfte nicht bereits gemacht war, derselbe als eine reine Hoffnung aufgefaßt werden müsse. Alles kommt vielmehr auch hier auf die Ansicht der Contrahenten an. Wenn also May jenen Verzicht als Bedingung für Prorogation und Zuschuß auffaßte und sich ausstellen ließ, so ist anzunehmen, er werde an solchem ein pekuniäres Interesse gehabt haben. Dieses Interesse nimmt aber, wenn es mit einem wucherlichen Geschäfte in Verbindung tritt, den gleichen Charakter an, und unterliegt daher auch der gedachte Verzicht der Rescission, der Gewinn aus dem Geschäfte mag vor dem Verzichte oder nach solchem gemacht sein.

Vergl. Ref. II. 11. § 9 „Genuß und Gewinn"

Reichs-Polizei-Ordnung von 1577 tit. 17. § 1. 8.

Das Stadtgericht erkannte:

Es kommt der Verzicht des Klägers auf das gemeinschaftliche Holzgeschäft nur insofern in Betracht, als durch ihn, wie die

Klage implicite behauptet, die Stundung und Vermehrung des von May dem Kläger gemachten Darlehns bedingt war, weil hierdurch allein dieser Verzicht den Charakter der wucherlichen Erpressung annehmen würde.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

6. daß der Kläger auch zu dem Beweise sub. I. 3 und 4 des stadtgerichtlichen Erkenntnisses zugelassen werden mußte, da es sich hier, wie schon oben bemerkt, nicht von einer querela non num. pec. handelt und die behauptete Thatsache, wie solche zum Beweise verstellt worden, unverkennbar unter den Begriff des Wuchers fällt; daß es endlich

7. bei dem abgenöthigten Verzicht auf den unerwarteten Gewinn aus dem gemeinschaftlichen Holzgeschäfte ganz gleichgültig ist, ob zur Zeit jenes Verzichtes dieser Gewinn bereits gemacht war oder erst noch in Hoffnung stand und erst später sich realisirt hat.

XLIV.

Vollgold u. Sohn zu Berlin, Kläger
contra
die Handlung Emanuel Müller dahier, Beklagte.

Vollgold und Sohn übergab der Handlung E. Müller am 30 Mai 1850 sechs Kisten Silberwaaren zur Beförderung per ordinärer Fuhre nach Leipzig. Da eine dieser Kisten verloren ging, klagte Vollgold und Sohn auf Ersatz, die Verschuldung der Beklagten behauptend, indem die fragliche Kiste von den Beklagten nicht direkt einem Fuhrmann, vielmehr einem Güterschaffner übergeben worden sei.

Das Stadtgericht wies unter Zuziehung zweier Handelsassessoren am 31. Januar 1851 die Kläger mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung zum Ersatz der Prozeßkosten angebrachter Maßen ab. Auf Appellation des Klägers erkannte bestätigend

das Appellationsgericht am 6. Juni 1851 (mit Zuziehung von Handelsassessoren)

das Oberappellationsgericht am 26. Februar 1852.

Das letztere Urtheil verglich jedoch die Kosten der beiden oberen Instanzen.

109. Obliegenheiten des Spediteurs. Beweislast. Substituirung eines öffentlich bestätigten Güterschaffners. Beispiele von Unterlassungen, aus denen der Spediteur nicht haftet. Rathsverordnung vom 15. Sept. 1814.

Der Beklagten liegt allerdings der Nachweis ob, daß sie, was Kläger bestreitet, den ihr gewordenen Speditionsauftrag gehörig erfüllt habe und in Bezug auf sämmtliche zur Beförderung nach Leipzig bestimmten 6 Kisten des Klägers denjenigen Verbindlichkeiten nachgekommen sei, welche aus der Uebernahme eines derartigen Auftrages erwachsen; denn das Fundament der etwa wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung eines Auftrags erhobenen Ersatz- und Schadens-Ansprüche liegt immer nur in der Ertheilung und Annahme des Mandats, wodurch der Beauftragte zu bestimmten Handlungen und dabei zu gehöriger Leistung derselben verpflichtet wurde, und muß er, wenn er ganz oder theilweise von dieser Pflicht gehöriger Leistung befreit und für die Nichterfüllung des Auftrags nicht verantwortlich sein will, den vermeintlichen Befreiungsgrund, da dieser eine wahre exceptio bildet, seinerseits beweisen und die gehörige Erfüllung der überkommenen Verbindlichkeit dokumentiren,

arg. L. 11 D. de per. rei vend. (18, 6) L. 11 D. de prob. (22, 3) L. 1. § 13 D. de magistr. conven. (27, 8) L. 5 C. de pign. act. (4, 24).

Vergl. auch Weber Beweisführung § 21 in f. und § 23.

Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. III § 99 sub 2 B.

Göschen Vorlesungen § 392 Bd. II., 2, p. 72, 73.

Sintenis Civilr. II. p. 341. nte 67.

Allein in vorliegendem Falle muß, daß Beklagte allen ihren Verpflichtungen gehörig nachgekommen und von jeder culpa frei zu sprechen sei, schon nach derzeitiger Aktenlage als hinlänglich ins

Klare gestellt erachtet werden, und können diejenigen Versehen und Ungehörigkeiten, welche Kläger ihr in Bezug auf die Verladung der fraglichen Güter vorgeworfen hat, entweder nicht für erheblich oder nicht für begründet gelten; denn daß Beklagte

1. sowohl die Abholung der Kisten aus Klägers Wohnung, als den Abschluß des Frachtcontrakts und was weiter behufs der Verladung geschehen mußte, dem Güterschaffner L. übertrug und diesen sich solchergestalt für Erfüllung des Speditionsauftrags substituirte, ist für etwas unerlaubtes, mag immerhin Kläger es weder gewollt, noch gewußt haben, nicht zu erklären; nicht bloß daß eine derartige Vermittelung bei Befrachtungen ganz gewöhnlich ist und dem allgemeinen kaufmännischen Brauche entspricht, sonach von der Beklagten von vornherein erwartet werden durfte, so steht ja auch überhaupt der Regel nach demjenigen, welcher fremde Geschäfte zu besorgen hat, es frei, dieselben durch Untergebene oder bestellte Personen besorgen zu lassen,

Wening Ingenheim a. a. O. III. § 107 und § 254 sub 5.

Bei solcher Substitution haftet nun aber der Principalbeauftragte nicht schlechthin, wie Kläger vermeint, für alle und jede Versehen des Substituten, sondern zunächst nur für die sogenannte **culpa in eligendo** d. h. wenn die Befähigung des Substituten zu dem durch ihn zu besorgenden Geschäft von vornherein nicht anzunehmen war oder doch begründenden Bedenken unterliegen durfte. Daran aber kann in vorliegendem Falle, wo Beklagte sich eines öffentlich bestätigten und beeidigten Güterschaffners bedient hat, überall nicht die Rede sein. Wenn ferner Kläger

2. es rügt, daß Beklagte die dem Schaffner übertragene Besorgung der Spedition nicht beaufsichtigt, vielmehr sich allem Anscheine nach auf Ausstellung und Behändigung der an den Kläger adressirten und von diesem zu den Akten gebrachten Bezugsanweisung beschränkt habe, auf welche hin die Kisten seitens des Klägers ausgehändigt wurden, so kann die Frage, ob und inwieweit bei einer Geschäftsbesorgung durch einen Substituten überhaupt der Substituent auch für den etwaigen Mangel an Aufsicht gleich, wie für ein Versehen bei der Auswahl verantwortlich sei,

vergl. Wening Ingenheim § 107 cit.
Göschen a. a. O. § 528 p. 425

füglich dahingestellt bleiben; denn keinenfalls würde diese Pflicht weiter reichen, als die Natur des dem Substituten überlassenen Geschäftes mit sich bringt und die Persönlichkeit des Substituten erheischt. Daß nun aber ein Spediteur in Frankfurt, sobald er sich eines der dort öffentlich angestellten Güterschaffner bedient, jeder speciellen Controlle sich überhoben erachten dürfe und allen seinen Obliegenheiten nachgekommen sei, sobald er jenem einerseits die zu verladenden Güter zugewiesen, andererseits über dieselben einen ordnungsmäßigen, von ihm ausgefertigten Frachtbrief für den ihm aufgegebenen Fuhrmann überliefert hat, — daß wenigstens unter solchen Voraussetzungen zu weiterer Nachfrage, ob auch Ueberlieferung des gesammten Frachtgutes an den Fuhrmann geschehen und die Verladung in gehöriger Weise beschafft sei, nur auf besonderen Anlaß, wie etwa bei Reklamationen des Fuhrmanns, eine Verpflichtung des Spediteurs anzunehmen und in der unterbliebenen Aufsicht eine wahre **culpa** zu befinden sei, läßt sich nach der eigenthümlichen Beschaffenheit der hier einschlagenden Gewerbs- und Verkehrsverhältnisse nicht bezweifeln.

Ein begründeter Vorwurf könnte daher in dieser Richtung die Beklagte nur treffen, wenn sie entweder einen besonderen Anlaß zu Erkundigungen über die dem Schaffner S. überlassene Speditionsausführung unbeachtet gelassen hätte, oder wenn in Bezug auf die Frachtbriefsausstellung etwas versehen wäre. Ersteres ist nicht einmal behauptet, überhaupt der Vorwurf unterbliebener Beaufsichtigung des Substituten gar nicht näher substantiirt. Daß dagegen ein Frachtbrief für den Fuhrmann in gehöriger Weise vom Beklagten ausgefertigt worden ist, erhellt theils schon aus der in Leipzig erfolgten Ablieferung der übrigen 5 Kisten, theils aus der zu den Akten gekommenen Abschrift des vom 30. Mai datirten Frachtbriefes, welcher in Betreff des Frachtabschlusses, wie hinsichtlich des verladenen Guts alle irgend erforderlichen Angaben enthält. Zwar macht Kläger einerseits geltend, daß dieser Frachtbrief dem Fuhrmann in Frankfurt gar nicht eingehändigt oder auch nur zur Einsicht vorgelegt, sondern nach Leipzig nachgesendet

sei. Andererseits hat, weil derselbe nicht im Original producirt worden, Kläger dessen Recognition verweigern zu dürfen geglaubt, und sowohl eventuell dessen Richtigkeit geläugnet, als auch eingewendet, daß derselbe, zumal er ohne Empfangsbescheinigung des Fuhrmanns sei, zu Gunsten der Beklagten, als des Ausstellers keinen Beweis zu liefern vermöge. Jene Nichtvorlage und Nachsendung des Frachtbriefes würde jedoch, je nachdem sie auf oder ohne Verlangen resp. Zustimmung D. geschehen wäre, immer nur ein Versehen involviren, welches dem Fuhrmann oder dem Schaffner oder den von ihnen weiter zugezogenen Zwischenpersonen zur Last fiele; nicht dagegen könnte man es der Beklagten als culpa anrechnen, wenn sie nach zeitiger Ausstellung des Frachtbriefes und nach dessen Behändigung an den Schaffner voraussetzte, es werde die Ablieferung an den Fuhrmann gehörigermaßen erfolgt sein. Und noch weniger ist, da Kläger, resp. dessen Leipziger Geschäftsfreund Keil den Originalfrachtbrief bei Ablieferung der übrigen fünf Kisten erhalten oder doch gesehen haben muß, jene ganz vage und unbehörige negative Auslassung über die vorgelegte Copie zu beachten; es darf vielmehr unbedenklich, weil der specielle Inhalt etwaniger Anlage zugleich als integrirender Theil der Partheischriften selbst zu behandeln ist und sonach die gegen jenen Frachtbrief etwa zu machenden Ausstellungen alsbald genau und vollständig vorzubringen gewesen wären, nach Maßgabe des im art. 34 der prov. Prozeßordnung angedrohten, auch auf das replikarische Vorbringen anwendbaren Präjudizes die Richtigkeit des Frachtbriefes als zugestanden behandelt werden. Wenn ferner

3. auch dies noch, in freilich unbestimmter Weise als ein Versehen der Beklagten gerügt wird, daß dem Fuhrmann von dem werthvollen Inhalte der fraglichen Kisten keine Mittheilung gemacht und so derselbe nicht veranlaßt worden sei, vor, bei und nach der Verladung auf die Bewahrung dieser Kisten besonders bedacht zu sein, so kann es bei Frachtgut der vorliegenden Art, welches hinsichtlich der Verladung keine besondere Aufmerksamkeit, wie etwa bei zerbrechlichen oder sonst einer Beschädigung leicht ausgesetzten Waaren, erforderte, welches auch nicht einen nach Gewicht und Umfang der Kisten ganz unverhältnißmäßig hohen

Werth hatte, überhaupt nicht dem Spediteur als culpa angerechnet werden, wenn er auf den Inhalt der Ladung besonders aufmerksam zu machen unterließ und der Geschäftserfahrung, wie Gewissenhaftigkeit des Schaffners resp. Fuhrmanns darin vertraute, daß dieselben schon aus der äußeren Beschaffenheit der Güter abnehmen oder entgegengesetzten Falles anfragen dürften, welche Maßnahmen ihrerseits zu deren gehörigen Aufbewahrung und Verladung zu treffen sein möchten. Anbelangend endlich

4. die nicht strikte Befolgung der in der

Verordn. vom 15. Sept. 1814 betr. die Schaffnerei und Frachtgüter-Verladung (in Bender's Sammlung Frankfurter Verordn. von 1806 — 1816. p. 247 flg.)

über das Verladungsgeschäft, namentlich in den § 13 flg. getroffenen Bestimmungen, in deren Hintansetzung vor Allem eine zu Schadensersatz verpflichtende culpa der Beklagten gefunden werden will, so kann eine solche

a. in der Unterlassung öffentlicher Wägung der Kisten oder darin, daß diese weder auf eine, von dem Schaffner für den Fuhrmann auszustellende Empfangsanweisung unter persönlicher Assistenz des Schaffners abgeholt worden sind, in keinem Falle gefunden werden, da die Benutzung von Privatwaagen gesetzlich gestattet ist, und Kläger selbst die Kisten auf bloße Bezugsanweisung der Beklagten ausgeliefert hat, er sich sonach persönlich davon überzeugen konnte, in wessen und daß in die rechte Hände sein verladendes Gut komme.

b. Der Vorwurf, daß nicht für Ausfertigung und Behändigung des Frachtbriefs gehörig gesorgt worden sei, hat bereits oben seine Erledigung gefunden. Ebensowenig kann

c. ein entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, daß es nicht constatirt und selbst zweifelhaft ist, ob in dem Frachtaccord- und Ladebuch des Schaffners die in Frage stehende Verladung in dem Maße, wie es im § 13 verordnet ist, vermerkt und attestirt worden sei. Denn dies ist zwar Pflicht des Schaffners; dem Spediteur dagegen kann eine Rechtsverbindlichkeit, diese Einträge zu überwachen, nicht auferlegt werden, vielmehr wird es nur als eine

im Interesse des Auftraggebers geübte Curatel anzusehen sein, wo etwa der Spediteur von jener Vermerkung sich zu vergewissern sucht. Wenn endlich Kläger

d. sich vor Allem darauf stützt, daß nicht in Gemäßheit von § 16 ein vom Schaffner zu unterschreibender Wägschein ausgestellt und abgeliefert sei, so würde theils, wäre hierin ein der Beklagten zur Last fallendes Versehen zu befinden, immer nur eine **culpa sine effectu** vorliegen, da überall sich nicht absehen läßt, wie gerade diese Verabsäumung den Verlust der streitigen Kiste veranlaßt oder befördert haben könnte. Theils kann aber auch bei jener Bestimmung nur dies bezweckt sein und als wesentlich gelten, daß der Spediteur zur Anfertigung eines gehörigen Frachtbriefes in den Stand gesetzt werde; und da es hieran nach dem Früheren nicht gefehlt hat, so erledigt damit auch obiger Vorwurf sich von selbst.

Das Stadtgericht erkannte:

In Erwägung, daß

2. nach der Rathsverordnung vom 15. September 1814 die beeidigten Güterschaffner die Vermaklung von hieraus zu versendender Güter an die betreffenden Fuhrleute zu besorgen haben, somit sie als Bevollmächtigte der Absender und Fuhrleute zu betrachten sind, und daß, wie die zugezogenen beiden Herrn Handelsassessoren versichern, nach einem hier bestehenden Gebrauche, die Güterschaffner die Frachtgüter für die Fuhrleute in Empfang nehmen; daß

3. von der Beklagten behauptet und von den Klägern theils ausdrücklich und theils stillschweigend eingeräumt ist, daß sie, die Beklagte, sich nicht nur rücksichtlich der von ihr für die Kläger nach Leipzig zu spediren gewesenen sechs Kisten mit Silberwaaren der Vermittelung des Güterschaffners S. behufs der Verladung an den Fuhrmann D. bedient, sondern auch jenem die Anweisung auf diese Kisten gegeben und er, der genannte Güterschaffner, solche im Gasthofe zum Weidenbusch bei dem Inhaber der klagenden Handlung habe beziehen lassen; daß

4. Beklagte hiernach den übernommenen Speditionsauftrag genügend erledigt hat und wegen des fraglichen Verlustes der in

der Klage bezeichneten Kiste außer Verantwortlichkeit gesetzt zu sein erscheint.

Das Appellationsgericht erkannte:

Bei der rechtlichen Beurtheilung der vorliegenden Sache kommt zunächst die Frage in Betracht, ob die beklagte Handlung den ihr nach gesetzlicher Bestimmung und bestehendem Gebrauche in Verladung des fraglichen Speditionsgutes obgelegenen Verbindlichkeiten bis zu ihrer vollständigen Erledigung davon nachgekommen sei oder nicht. Daß dieses aber allerdings der Fall gewesen, kann, wie das vorige Urtheil ausreichend ausgeführt hat, nicht bezweifelt werden, da Beklagte nach ertheiltem Auftrage zur Vermittelung der Fracht an einen beeidigten Güterschaffner — bei dem dahier bestehenden Gebrauche, wornach die Güterschaffner die Frachtgüter für die Fuhrleute in Empfang nehmen — mit Ueberlieferung der Waare an den Fuhrmann durch Vermittelung des Güterschaffner S. ihren Verbindlichkeiten als Spediteur Genüge geleistet hat. Hiergegen relevirt denn auch nicht im Geringsten das von den Appellanten erst in gegenwärtiger Instanz producirte Original jener Anweisung, indem eines Theiles daraus nicht zu entnehmen, daß dasselbe eine andere Anweisung enthalte, als eben diejenige, worauf sich die Beklagte in den vorderen Verhandlungen bezogen und das vorige Erkenntniß seine Entscheidung gegründet hat, anderen Theils von den in dieser Instanz zugezogenen Herrn Handelsassessoren bestätigt wird, daß bei den jetzt veränderten Verkehrsverhältnissen die Substituirung einer von dem Güterschaffner ausgefertigten und unterschriebenen Bezugsanweisung der abzuholenden Güter, wie sie art. 15. der Schaffnereiordnung vom Jahr 1814 vorschreibt, durch die Anweisung des Spediteurs oft erforderlich wird, in dem vorliegenden Falle aber solche ohnehin nicht zu umgehen war.

110. Kostencompensation.

Der Beschwerdeführung der Kläger war indessen in Betreff des Kostenpunktes gleichwohl dahin eine Folge zu geben, daß für die beiden oberen Instanzen eine Vergleichung der Kosten eintrete, weil überhaupt die Sache nicht für ganz zweifellos anzusehen,

außerdem aber den Entscheidungsgründen der früheren Urtheile nicht beizutreten war und insofern Kläger zur Erhebung und weiteren Verfolgung ihrer Beschwerden sich wohl veranlaßt halten konnten.

XLV.

Joh. Wilh. Götz und dessen Ehefrau Joh. Sus. Carol., geb. Scherer dahier, Kläger
contra
Johann Ludwig Horix dahier, Beklagten.

Kläger hatten zufolge Stadtgerichtsdekrets vom 4. Dec. 1850 zu beweisen, daß Beklagter den Miethvertrag, wie er in [3] in den §§ 1. 6. 7. 9 enthalten ist, mit dem Mitkläger Götz abgeschlossen habe. Sie traten den Beweis durch Zeugen an und das Stadtgericht erkannte am 30. Juni 1851 auf den Erfüllungseid der Kläger. Auf Appellation des Beklagten wurde dies Urtheil vom Appellationsgericht am 22. Sept. 1851 unter Verurtheilung des A. zum Kostenersatze bestätigt, während das Oberappellationsgericht am 26. Februar 1852 auf den Reinigungseid des Beklagten unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz erkannte.

111. Ist der Unterhändler eines Geschäftes an und für sich ein verdächtiger Zeuge? Ist die Courtage ein solcher Vortheil, der den Zeugen verdächtig macht?

Die Unfähigkeit, eventuell ein hoher Grad von Verdacht gegen die Zeugen ist von dem Beklagten

I. gegen den Zeugen Sz. entnommen

1. aus seinem Interesse beim Ausgange des jetzigen Rechtsstreites. Dasselbe soll sich ergeben

a. daraus, daß er bei dem streitigen Miethvertrage als Unterhändler aufgetreten sei;

b. aus der Möglichkeit, daß die Kläger, wenn sich ergäbe, daß er den Abschluß eines Miethvertrags vorgespiegelt habe, um seine Courtage zu gewinnen, ihn auf Entschädigung belangten;

c. aus seinem Anspruch auf Courtage, wenn der Vertrag zum Abschluß gekommen wäre, so wie

d. aus der von den Klägern während des Laufes des gegenwärtigen Rechtsstreites beschafften vollständigen Befriedigung des Zeugen mit seiner gegen beide Theile habenden Courtageforderung, worin eine Bestechung, richtiger der Versuch, eine günstige Stimmung des Zeugen für die Kläger zu veranlassen, gefunden werden müsse. — Allein

zu *a.* das Oberappellationsgericht hat sich schon zu wiederholten Malen dahin ausgesprochen, daß die Eigenschaft eines Unterhändlers für sich allein weder als Grund zur Verwerfung, noch selbst als Grund zur Verdächtigung eines Zeugen angesehen werden kann.

Fr. S. Rindskopf c. Wolff. 1837. Entscheidungsgründe p. 10. 11.

Hallbach c. Wörndel u. Comp. 1847 p. 21.

und das von dem Beklagten in Bezug genommene Urtheil des Stadtgerichtes vom 20. April 1842 in S. Jung wider Kalbhenn spricht wider denselben in den von ihm selbst angeführten Worten, nach welchen nur ein betheiligter Unterhändler als verdächtig anzusehen ist. Eine Betheiligung, wie solche in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts

L. 10 D. und C. de test.

L. 1 § 11. 12 D. quando app.

nach Ref. I. 33 § 13 verb. „item — bis haben mögen", verlangt wird, um den Zeugen unfähig oder verdächtig zu machen, liegt aber hier nicht vor. Denn

zu *b.* ist überall nicht abzusehen, in welcher Weise der Zeuge den Klägern entschädigungspflichtig werden könnte, da der endliche Abschluß des Geschäftes nicht von ihm beschafft ist, sondern den Partheien selbst vorbehalten war, die Erklärung des Zeugen, daß

der Beklagte auf gewisse Bedingungen eingegangen sei, sich mithin sofort als richtig oder unrichtig herausstellen mußte.

Auch läßt sich

zu *c.* nicht annehmen, daß jeder auch noch so unbedeutende Vortheil geeignet sei, einen Zeugen auch nur verdächtig zu machen, und als solcher ist die Courtage anzusehen, welche der Zeuge beim Abschluß des Geschäftes würde fordern können. Vielmehr hat das Oberappellationsgericht den § cit. stets nur von einem solchen Interesse verstanden, welches den Zeugen für den Producenten günstig machen kann

Frf. S. Haub c. Theaterdirektion 18$^{33}/_{34}$.

v. Bethmann c. Schüttler 1839 Entscheidungsgründe p. 14. 15.

Schwarze c. Odemer 1845 p. 2. 6.

Hierdurch beseitigt sich auch

zu d. der dem Zeugen aus seiner Befriedigung durch Götz Ehemann gemachte Vorwurf, indem man dieselbe, wie bereits von dem Stadtgericht ausgesprochen worden ist, höchstens als einen Versuch auffassen kann, eine möglicherweise gegen den Zeugen zu erhebende, wenngleich erfolglose Einwendung zu beseitigen.

Das Stadtgericht erkannte:

Die behauptete Betheiligung des Zeugen Sz. bei dem Ausgange dieses Prozesses anlangend, so ergibt sich aus dessen Aussage — —, daß er den an den Beklagten geforderten Antheil der Courtage von fl. 15. durch den Kläger Götz bereits am 7. Febr. laufenden Jahres ausbezahlt erhalten und letzterem jura cessa ertheilt habe, jedoch ohne für die Richtigkeit der Forderung einzustehen. Demnach läßt sich nicht behaupten, daß er wegen seiner Courtage ein Interesse bei dem Ausgange des Rechtsstreites habe. Es läßt sich aber auch diese Zahlung des Klägers Götz an den Zeugen nicht, wie der Beklagte in mündlicher Ausführung zu thun versucht hat, als eine Bestechung des Zeugen qualificiren; höchstens läßt sich sagen, der Kläger habe durch die Zahlung des fraglichen Courtage-Antheils einem Einwande gegen die Glaubwürdigkeit seines Zeugen zu begegnen gesucht. Der Umstand, daß Sz. das Geschäft vermittelt hat, macht an sich ihn nicht zu einem

unzulässigen oder auch nur verdächtigen Zeugen. Daß Sz. im Falle des klägerischen Unterliegens Regreßansprüche zu befürchten hätte, ist nicht behauptet und nach Lage der Sache gar nicht anzunehmen. Daß er dagegen aber, wie Beklagter meint, vielleicht seine Geschäftsehre bei der Sache für betheiligt halte, ist kein genügender Grund, um ihm Gewissenlosigkeit zuzutrauen.

112. Ist der Zeuge, der früher fallit war oder noch fallit ist, verdächtig?

Der Beklagte hält jedoch den Zeugen Sz. auch um deßwillen für unfähig zur Ablegung eines Zeugnisses, weil derselbe mehr als einmal zahlungsunfähig gewesen und deßhalb von dem Stadtgericht theils mit Arrest auf der Mehlwaage, theils mit einer sechsmonatlichen Gefängnißstrafe in der Bürgerkustodie belegt sei und nicht minder vor der ersten Arrestzuerkennung sich heimlich von Frankfurt entfernt habe. — — — —

Der Beklagte hat nun versucht, aus jenen Thatsachen die Unfähigung des Zeugen theils nach gemeinem, theils nach Frankfurter Recht abzuleiten. Die Grundsätze des ersteren anlangend, so wird zwar noch nach Justinianischem Rechte (L. 11 C. 2, 12) die **infamia** als Folge der Nichtzulassung eines Gemeinschuldners zur Rechtswohlthat der Güterabtretung bezeichnet. Ob aber damit die Folge verknüpft war, daß ein ehemaliger Gantmann unfähig sei, in einer Civilsache Zeugniß abzulegen,

> vergl. Donelli Comm. ad tit. D. de test. ib. c. 1. (op. prior. francof. 1589 p. 287 — 292) und Comm. jur civ. lib. 25 c. 4 § 4 (tom. 14 p. 377 seq. ed. Bucher).

Savigny System des heut. Röm. Rechts Bd. 2 p. 622 bedarf keiner Entscheidung, da in Frankfurt eine Praxis jene Frage bejahte, jedenfalls aus den von dem Beklagten

p. 13 zu E. der Oberappellationsgerichts-Akten *) angeführten Schriftstellern sich nicht entnehmen, auch auf Ref. I. 50 sich nicht begründen läßt, und die in der Ref. I. 33 § 12

*) Puchta Pandekten § 243 p. 352. Mühlenbruch Lehrbuch der Pand. I. § 170 p. 306. Orth Anmerk. V. p. 713. Adlerflycht Prozeß III. § 245. 246. Bender Prozeß § 85.

in Betreff der Falliten enthaltene ausdrückliche Vorschrift die Annahme, daß daneben das gem. Recht in diesem Punkt noch gelte, ausschließt. Anlangend nun die Vorschriften der Reformation, so sucht Beklagter

a. auszuführen, daß die Stelle nicht blos vom böswilligen, sondern auch vom fahrlässigen Falliment zu verstehen sei,

b. daß selbst im Falle der Richtigkeit der ersten Auslegung eine dieser entsprechende Bestrafung des Sz. vorliege. Allein

zu *a.* das Oberappellationsgericht hat schon früher die Ansicht befolgt,

Frankf. S. Kellermann c. Wolz 1839. Entscheidungs-Gründe p. 11

daß die Vorschrift des § 12 auf einfache Falliten keine Anwendung finde und die Worte des § cit. „böslich betrogen" lassen sich, wie solches auch in den beiden vorigen Instanzen als richtig anerkannt worden ist, selbst nicht auf ein, wenn auch durch namhafte Fahrlässigkeit herbeigeführtes, sondern nur auf ein böswilliges, den Betrug der Gläubiger abzweckendes Falliment beziehen, indem der Satz, daß grobe Fahrlässigkeit der Böswilligkeit gleichstehe, jedenfalls für das Criminalrecht nicht richtig ist. Ebensowenig läßt sich

ad *b.* dem Beklagten darin beipflichten, daß die Bestrafung des Sz. von Seiten des Stadtgerichts als eine peinliche anzusehen sei, indem, der von dem Beklagten für seine Ansicht citirten Gesetzesstellen ungeachtet, insoweit dieselben ihrem Datum nach auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, nicht bezweifelt werden kann, daß eine von dem Stadtgerichte und nicht von dem Criminalgerichte ausgegangene Disciplinarstrafe auf Detention in die Bürgerkustodie und wenn solche auch noch so lange Dauer haben sollte, niemals als peinliche Strafe anzusehen ist und jedenfalls, worauf es hier wesentlich ankommt, nicht erhellt, daß die Strafe wegen böswilligen betrüglichen Falliments erkannt ward.

Hiernach kann es auf sich beruhen, ob die von dem Sz. seiner Zeit geschehene Entfernung aus Frankfurt sich unter die Worte des § 12 cit. „darüber aus der Stadt gewichen" subsumiren lasse,

zumal da diese Worte kaum als ein Erforderniß für die Unfähigkeit aufzufassen sein dürften, sondern nur den Hergang andeuten, welcher im 16. Jahrhundert im Fall eines Falliments der Regel nach eintrat.

Dagegen läßt es sich nicht verkennen, daß wenn nach

L. 13. Papin. L. 3 pr. Callistr. D. de test. u. Nov. 90

der Richter bei Beurtheilung des Gewichtes der Aussage eines Zeugen auf die Individualität seines Charakters als ein Moment verwiesen wird, aus welchem er zu entnehmen habe, welcher Grad der Glaubwürdigkeit einem Zeugen beizumessen sei, der Umstand, daß solcher bereits zweimal fallit war, da solches in der durch die Anlagen der Akten bekundeten Weise eingetreten ist, dessen Glaubwürdigkeit nicht unbedeutend beeinträchtigt.

Die gegen den Zeugen Sz. aus seinem Fallimente entnommene Einwendung wird auch dem Zeugen Sr. entgegengesetzt. Da aber selbst die Frage, ob Sr. zur Güterabtretung zuzulassen sei, noch nicht entschieden ist, so wird um so weniger eine auf

Ref. l. 33 § 12

zu stützende Unfähigkeit zum Zeugniß sich in Betreff dieses Zeugen behaupten lassen. Gleichwohl erscheint dem oben Gesagten zufolge, auch bei ihm die Glaubwürdigkeit, wiewohl in weit geringerem Maße als bei dem Zeugen Sz. beeinträchtigt.

Das Stadtgericht erkannte:

Den Umstand betreffend, daß Sz. im Jahr 1832 fallirt hat und deßfalls von dem Civilgerichte bestraft worden ist, Sr. dagegen sich dermalen in Gantzustande befindet, so schließt die Ref. I. 33 § 12 nur diejenigen Falliten vom Zeugnisse aus „so ihre Gläubiger böslich betrogen haben, darüber aus der Stadt gewichen und folgends wiederum sind eingebetten worden", — ein Fall, der hier in keinem Betrachte vorliegt. Ueberhaupt wird ein Fallite außerhalb seines eigenen Debitwesens in der Regel als zuverlässiger Zeuge betrachtet werden müssen und Ausnahmen werden speciell zu begründen sein.

Das Appellationsgericht erkannte:

— — mit Recht hat das vorige Urtheil diese Einrede gegen die Person der Zeugen verworfen, weil jene gesetzliche Bestimmung

augenscheinlich nur auf solche producirte Zeugen Anwendung zu finden hat, welche sich des peinlichen Verbrechens eines betrügerischen Falliments schuldig gemacht haben, ein Fall, der hier nicht vorliegt.

XLVI.

M. G. Seufferheld Erben dahier, Kläger
contra
das hiesige Rechneiamt, Beklagten.

M. G. Seufferheld setzte im Jahr 1842 zwei Preise für vorzügliche Werke über Wesen und Stellung der protestantischen Kirche aus und bestimmte fl. 8000 für ein wissenschaftliches, fl. 2000 für ein populäres Werk des angegebenen Inhalts. Sieben bedeutende Theologen erließen deßhalb am 31. Okt. 1843 im Namen und Auftrag des M. G. Seufferheld einen Aufruf an die „Freunde der evangelischen Kirche unter den Schriftstellern Deutschlands", in welchem nach näherer Angabe des Inhalts und Zwecks beider Werke die oben angeführten Preise bestimmt, dann in Betreff des Preisrichteramtes veröffentlicht wurde, daß es auf den Grund und nach Maßgabe von Gutachten, welche gleichzeitig von den theologischen Fakultäten zu Bonn, Göttingen und Jena einzuholen seien, von den sieben unterzeichneten Comitemitgliedern ausgeübt werden solle; — sollte eine nach dem Urtheil der Preisrichter vollkommen genügende Arbeit nicht vorliegen, so solle ein weiterer Termin ausgeschrieben werden. Bis zum Monat Nov. 1846 spätestens müßten die Preisschriften eingereicht sein. Einstweilen aber werde die als Preise ausgesetzte Gesammtsumme in Frankfurter Obligationen bei dem Rechneiamte deponirt.

Bis zum November 1846 gingen 10 Preisarbeiten ein: ein Gutachten in Betreff derselben wurde nur von der Fakultät Bonn gegeben, von den Fakultäten Göttingen und Jena aber verweigert; es erfolgte auch kein Spruch der Preisrichter.

Die Erben des M. G. Seufferheld klagten nunmehr gegen das Rechneiamt auf Rückgabe des Depositums, weil die Bedingungen der Auslobung ihres Erblassers unmöglich geworden seien. Das Stadtgericht wies am 27. Nov. 1850 die Kläger unter Verurtheilung zum Kostenersatz mit ihrer Klage angebrachter Maßen ab. Auf Appellation derselben und Antrag auf Aktenversendung wurde dies Erkenntniß bestätigt

vom Spruchkollegium zu Leipzig am 17. Nov. 1851

vom Oberappellationsgericht am 28. Febr. 1852.

113. Sequestratio. Auslobung. Deren Acceptation.

Die vom Erblasser der Kläger geschehene Hinterlegung von fl. 10000 bei dem beklagten Rechneiamte ist kein einfaches depositum, sondern eine s. g. sequestratio voluntaria. Die Absicht des verstorbenen Seufferheld war auf eine solche sequestratio gerichtet. In dem, wie die Kläger nicht zu läugnen vermögen, in seinem Auftrage erlassenen öffentlichen Aufrufe an die Freunde der evangelischen Kirche unter den Schriftstellern Deutschlands heißt es, es werde die Gesammtsumme der ausgelobten und nach gefälltem Urtheile an die Verfasser der gekrönten Werke auszuzahlenden Preise von fl. 8000 und fl. 2000 einstweilen bei dem Rechneiamte zu Frankfurt gerichtlich deponirt. Sinn und Absicht dieser Bestimmung kann gar kein anderer gewesen sein, als die Preisbewerber sicher zu stellen gegen Weiterungen, bei inzwischen eintretendem Tode des Promittenten den Betrag der Preise von jedem seiner Erben pro rata einfordern zu müssen. Eine solche Sicherstellung hätte aber die Hinterlegung überall nicht gewährt, wenn der Promittent die deponirte Summe jederzeit hätte zurückziehen können. Folglich ist es als die Absicht des Promittenten anzunehmen, für den Fall, daß aus seiner Auslobung überall eine obligatio sich bilden sollte, den Preisbewerbern gegenüber der einseitigen Verfügung über das depositum zu Gunsten der den Preis-Erlangenden sich zu entäußern oder mit andern Worten, daß in diesem Falle das depositum die Natur einer sequestratio annehmen sollte.

Nun ist aber aus der Auslobung ein obligatorisches Verhältniß entstanden. Dazu genügt es nach heutigem Rechte, wo alle Verträge, in welcher Form sie auch eingegangen sein mögen, eine **civilis obligatio** erzeugen, wenn das in der Auslobung liegende suspensiv-bedingte Versprechen von irgend Jemand ausdrücklich oder faktisch acceptirt wird

v. Bülow Abhandlungen I. p. 279.

und eine solche Acceptation liegt im gegenwärtigen Falle jedenfalls darin, daß Preisbewerber aufgetreten sind und rechtzeitig ihre Preisarbeiten eingesandt haben. Dadurch haben diese also auch die in dem Aufrufe verkündete und von Seufferheld effektuirte Hinterlegung der Preissumme als eine zu ihrer Sicherstellung geschehene acceptirt und so ist es aus dem einfachen **depositum** eine **sequestratio** geworden.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus: daß

2. obgleich in dem fraglichen Aufrufe weder eine Pollicitation, noch ein Gelübde zu finden, dennoch der rechtliche Grundsatz, daß bei dem an eine unbekannte Person gerichteten Versprechen einer Belohnung für eine gewisse Leistung mit dieser die Verbindlichkeit des Promittenden zur Erfüllung seines Versprechens eintritt, hier in Anwendung zu bringen ist.

Das Appellationsgericht äußerte sich:

Von dem Gesichtspunkte einer **sequestratio voluntaria** ist das vorige Erkenntniß mit Recht ausgegangen. Es beruht eine solche auf einem Uebereinkommen zwischen Partheien, die mit einander in einem gewissen Verhältnisse stehen, was entweder schon streitig ist oder wenigstens späterhin leicht streitig werden könnte, wonach der Gegenstand des Obligationsverhältnisses einem Dritten unter der Bedingung in Verwahrung und Aufsicht gegeben wird, daß er nach erfolgter Entscheidung des noch schwebenden Zweifels oder Rechtsstreites demjenigen, für welchen die Entscheidung ausfällt, überliefert werden solle (Glück Erläuterungen der Pand. Bd. XV. p. 233 f.)

Von dieser Art war die von dem Erblasser der Kläger vorgenommene Deposition der fl. 10000 — indem er diese Summe zu dem Zwecke dem Rechneiamte übergab, damit dieses sie für die-

jenigen Personen aufbewahrte, welche durch die ihren Arbeiten von den Preisrichtern zugesprochene Krönung den rechtlichen Anspruch auf den — ausgesetzten Preis erworben haben werden. — — — Ein Zweifel könnte daraus entnommen werden, daß jede Sequestration, also auch die freiwillige ein irgend juristisch begründetes Obligationsverhältniß, in Rücksicht welches und zu dessen Sicherung der Gegenstand deponirt werde, zwischen dem Deponenten und der anderen Parthei voraussetze, daß also, wo es schon an sich gänzlich an einem solchen Obligationsverhältnisse mangele, die ganze Sequestration als unwirksam und bedeutungslos erscheine. Deßgleichen könnte es den Schein gewinnen, als ob überhaupt durch den öffentlichen Aufruf zur Preisbewerbung am 31. Okt. 1843 diejenigen, welche späterhin als Bewerber Schriften eingesandt haben, dadurch auch zu dem Preisaussteller in gar kein wahres Obligationsverhältniß getreten seien, indem die s. g. Auslobung, worauf hier Alles gestellt werde, gar kein den Auslobenden obligirendes Rechtsgeschäft sei. — — — — Allein dem steht entgegen, daß wenn auch das röm. Recht die Auslobung als rechtlichen Verpflichtungsgrund noch nicht kennt, namentlich unter den verpflichtenden Fällen einer **pollicitatio** nicht erwähnt, dennoch dieselbe als solche von dem deutschen Rechte allgemein anerkannt wird

v. Wening-Ingenheim Lehrb des gem. Civilr. III. cap. 3 § 238.
Puchta Pandekten § 259.
Mühlenbruch Pandekten § 348 a. E.

Nur darüber streitet man, ob der Auslobende sein Versprechen wirksam widerrufen könne, so lange noch niemand dasjenige geleistet hat, wofür das Ausgelobte zugesichert worden ist. Diese Controverse bleibt aber hier ohne Bedeutung — — —

114. Bedeutung der sequestratio voluntaria bei der Auslobung Dritten gegenüber.

Man kann nicht etwa mit den Klägern einwenden, daß das Rechneiamt dem verstorbenen Seufferheld, jetzt dessen Erben gegenüber nur im Rechtsverhältniß eines einfachen Depositars

stehe und deßhalb eine aus dem Rechte der Preisbewerber, mit denen es in gar keinem obligatorischen Nexus stehe, hergenommene Einrede eine exceptio de jure tertii sei, denn wenn man auch nicht annehmen will, daß, da die mit der Auslobung der Preise verbundene Bestimmung, der Betrag derselben werde beim Rechneiamte gerichtlich deponirt, öffentlich verkündigt war, auch das Rechneiamt schon allein in Folge dieser Veröffentlichung durch die Annahme des Depositums, als eines nach der obigen Ausführung die Sicherstellung der Preisbewerber bezweckenden, diesen gegenüber die Verbindlichkeit übernommen habe, ihre Rechte zu wahren: so ist jedenfalls entscheidend, daß der verstorbene Seufferheld in der am 10. November 1843 dem Frankfurter Senat übergebenen Vorstellung ausdrücklich erklärt hatte, die fl. 10000, welche er beim Rechneiamte zu deponiren wünsche, seien der Betrag der beiden von ihm ausgesetzten Preise, der Senat also, indem er auf den Grund dieser Erklärung das Rechneiamt zur Annahme des Depositums ermächtigte, eben dadurch das Interesse der künftigen Preisbewerber wahrnahm und somit dem Rechneiamt diesen gegenüber Verpflichtungen auferlegte. Auch haben die Kläger selbst dem Rechneiamt nicht nur den, Namens ihres Erblassers erlassenen Aufruf mitgetheilt, sondern dasselbe auch davon in Kenntniß gesetzt, daß Preisbewerber aufgetreten seien, wodurch dem Rechneiamte die Gewißheit wurde, daß die Kläger nicht mehr befugt seien, das depositum zurückzuziehen.

Das Stadtgericht erkannte:

5. daß auch das Rechneiamt, welches — sich dieserhalb auch den Preisbewerbern gegenüber verpflichtet hat, die fraglichen Obligationen für die Dauer der ebenerwähnten Verbindlichkeit aufzubewahren habe.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

Es hebt sich nun auch ein anderes Bedenken, was gegen die Annahme einer sequestratio voluntaria im vorliegenden Falle erhoben werden konnte. Während nämlich ein einfaches Depositum sehr wohl einseitig bloß von dem Deponenten ausgehen kann, so setzt allerdings die Sequestration voraus, daß sie im Interesse

mehrerer Personen und in Gefolge einer **Vereinbarung** unter ihnen erfolgt.

L. 17 D. depos. vel contr. (16, 3)

Es könnte nun den Schein gewinnen, als ob es hier an diesem Erforderniſſe darum mangele, weil doch die Preisbewerber mit dem Ausſetzer des Preiſes nicht in Verbindung getreten und darüber übereingekommen ſind, daß die zu Preiſen beſtimmte Summe von fl. 10000 zur Sicherung der Preisbewerber deponirt werden ſolle. Allein dem ſteht entgegen, daß aus demſelben Grunde, aus welchem nach dem Obigen, auch ohne unmittelbare perſönliche Betheiligung der Preisbewerber, die Auslobung für ein obligatoriſches Geſchäft erklärt werden muß, auch die im Intereſſe der Preisbewerber vorgenommene Depoſition von Seiten des Auslobenden ſo behandelt werden muß, als ſei ſie im Gefolge einer Verabredung mit den Preisbewerbern geſchehen.

115. Vorausſetzungen der sequestratio.

Völlig unbegründet iſt ferner der Einwand, daß deßhalb keine sequestratio vorliege, weil die Depoſition nicht wegen eines Streites über die deponirte Sache oder im Hinblick auf einen zu erwartenden Streit geſchehen ſei. Denn es darf als ausgemacht gelten, daß dies nicht nothwendige Bedingung einer sequestratio voluntaria ſei, ſondern daß ſie wegen aller und jeder noch nicht realiſirbaren Anſprüche an eine Sache geſchehen könne.

L. 18 D. praescr. verb.

Huber Praelect. jur. civ. L. 16. T. 13. p. 949.

Puchta Pandekten § 322.

116. Erlöſchung des Compromiſſes durch den Tod einzelner Schiedsrichter. Rechtsverhältniſſe bei Preisrichtern.

Kläger meinen freilich, daß wenn hier auch eine sequestratio voluntaria vorläge, doch jedenfalls Grund und Zweck derſelben jetzt hier weggefallen ſei, indem den Umſtänden nach es zur Zuerkennung der von ihrem Erblaſſer ausgelobten Preiſe gar nicht mehr kommen könne.

A. Ob dieſes duplikariſche Vorbringen, bei welchem die Kläger

doch **principaliter** die von ihnen angestellte einfache **depositi actio** festhalten, mit dem Stadtgerichte und den vorigen Urtheilsverfassern aus dem Gesichtspunkte einer unzulässigen Klagänderung zurückgewiesen werden durfte, erscheint freilich sehr zweifelhaft. Indessen braucht darin nicht näher eingegangen zu werden, da es

B. trotzdem, was die Kläger anführen, noch keineswegs als ausgemacht gelten kann, daß es nicht zu einer Preisvertheilung kommen wird. Wenn nämlich die Kläger geltend machen,

1. daß Einzelne der in dem öffentlich erlassenen Aufrufe als Preisrichter bezeichneten Personen inzwischen verstorben seien, so würde freilich, wenn hier die bei eigentlichen Schiedsrichtern gemeinrechtlich geltenden Grundsätze anzuwenden wären, das Compromiß dadurch erloschen sein und also eine gültige Entscheidung von den noch übrigen Preisrichtern nicht gefällt werden können,

L. 17 § 2 und 7. L. 32 § 13 D. de receptis.

c. 42 X. de officio et protest. jud. deleg.

indem, wenngleich das neuere kanonische Recht dies nicht absolut bestimmt,

c. 2 de arbitr. in VI^{to}

doch der Gerichtsgebrauch hierin dem römischen Rechte folgt.

Lauterbach **Colleg. L. IV. tit. 8. No. 28.**

Böhmer **J. E. P. L. I. S. 43 § 5.**

Göschen Vorlesung **II. p. 472.**

Allein der Anwendung dieses Grundsatzes auf den vorliegenden Fall steht entgegen, daß es sich hier nicht von der Entscheidung eines Rechtsstreites handelt und daher die sogenannten Preisrichter nicht als eigentliche Schiedsrichter zu behandeln sind. Es kommt daher lediglich auf die Absicht des Auslobenden an. Diese aber kann namentlich deßhalb nicht füglich dahin gegangen sein, daß alle Unterzeichner des Aufrufs bei der künftigen Entscheidung über die Preise concurriren sollten, weil die erste Auslobung nicht die letzte sein, sondern wenn sie erfolglos bliebe, nach der Intention des Promittenten ein neuer Termin ausgeschrieben werden sollte, nun aber unmöglich anzunehmen stand, daß alle damaligen, theilweise schon hochbetagten Comite-Mitglieder diesen anderweiten Termin erleben würden.

Jedenfalls constatirt gar nicht, wie die Preisbewerber, welche doch vorzugsweise dabei interessirt sind, die betreffende Bestimmung des Aufrufs aufgefaßt haben und ob sie nicht gesonnen sind, sich dem Ausspruche der noch übrigen Preisrichter, welche übrigens bis auf den erst ganz kürzlich verstorbenen Dr. Eylert auch noch alle am Leben sind, unterwerfen wollen.

2. Der von den Klägern ferner geltend gemachte Umstand, daß von den drei im Aufrufe bestimmten Fakultäten zu Bonn, Göttingen und Jena, von denen Gutachten über die eingelieferten Arbeiten abzugeben seien, die letzteren beiden dies abgelehnt hätten, würde freilich sehr erheblich sein. Indessen darf nach dem zu den Akten gekommenen, an den Senat zu Frankfurt gerichteten Schreiben der theologischen Fakultät zu Bonn vom 30. August 1850 diese Schwierigkeit als gehoben betrachtet werden.

3) Dadurch erledigt sich zugleich der fernere Grund der Kläger, daß nach dem Aufrufe die Gutachten gleichzeitig einzuholen seien, indem, wenn sie in dieser Instanz von einer erforderlichen gleichzeitigen Abgabe der Gutachten reden, dies in dem Aufrufe keine Unterstützung findet. Freilich hätte die Fakultät zu Bonn sich einer Veröffentlichung ihres Gutachtens billig enthalten sollen, allein eine Nichtigkeit der künftigen auf den Grund und nach Maßgabe dreier Gutachten abzugebenden Entscheidung folgt daraus nicht, und die, wie die Kläger behaupten, dadurch herbeigeführte Zurückziehung einzelner der eingesandten Preisarbeiten ist jedenfalls ganz indifferent, so lange noch andere Preisbewerber vorhanden sind.

4. Der Umstand endlich, daß die Bonner Fakultät, wie die Kläger behaupten, in ihrem Gutachten keine der eingesandten Arbeiten für völlig genügend erklärt hat, was nach dem Aufrufe allerdings die Bedingung der Zuerkennung eines Preises ist, kann natürlich schon deßhalb nicht in Betracht kommen, da es sich noch fragt, ob die anderen beiden Fakultäten darin der Bonner beitreten werden.

XLVII.

M. K. aus Eckenheim, Klägerin
contra
S. D. dahier, Beklagten.

Die Klägerin hatte zu beweisen, daß der Beklagte seit Anfang Mai 1848 geschlechtlichen Umgang mit ihr gehabt hat; sie trat diesen Beweis durch Zeugen an und es erkannten:

das Stadtgericht am 9. Mai 1851,

dann auf Appellation des Beklagten

das Appellationsgericht am 11. August 1851,

das Oberappellationsgericht am 23. März 1852

auf den Erfüllungseid der Klägerin.

XLVIII.

Lebrecht Dörffel zu Bonames, Intervenient
contra
die Nikolaus Weidemann'schen Kinder zu Bonames Interventen
zur Sache
der Bauamts-Eisenbahn-Commission dahier, Klägerin
contra
die Eigenthümer des Grundstückes Gew. 72. Nr. 14. der Bonameser Gemarkung, Beklagte.

Das Grundstück Gew. 72 Nr. 14 wurde zum Behufe des Baues der Main-Weser-Eisenbahn expropriirt. Da das genannte Grundstück auf den Namen eines Eigenthümers in den amtlichen Büchern nicht eingetragen war, richtete sich die Enteignungsklage

gegen einen zur Vertretung desselben ernannten curator ad hoc. Die Nikolaus Weidemann'schen Kinder legitimirten sich als Eigenthümer des genannten Grundstückes und intervenirten in dem Enteignungsprozeß. Hierauf trat Lebrecht Dörffel ebenfalls interveniendo in dieser Klagsache auf und behauptete gegen die Nikolaus Weidemann'schen Kinder, das fragliche Grundstück von dem zur Vertretung des Nikolaus Weidemann bestellten Curator gekauft zu haben, — gegen die Bauamts-Eisenbahn-Commission, sich mit derselben in Betreff des Enteignungsprozesses verglichen zu haben. Nachdem das Stadtgericht die Deposition des Entäußerungspreises verfügt hatte, wurde dem Intervenienten den Nikolaus Weidemann'schen Kinder gegenüber vom Stadtgericht am 11. Jan. 1850 der Beweis nachgelassen,

„daß bei der am 12. Juni 1844 stattgehabten freiwilligen „Versteigerung der Nikolaus Weidemann'schen Güter „es die Meinung der Contrahenten, nämlich des Nikolaus Weidemann'schen Curators und des Intervenienten gewesen sei, daß dasjenige Grundstück, welches dem letzteren nach der Versteigerung als von ihm erkauft übergeben „worden und welches mit No. 14 bezeichnet ist, das zur „Versteigerung ausgesetzte sey;"

und das in dritter Instanz ergangene Erkenntniß vom 6. Jan. 1851 legt dem Intervenienten außer dem ebenerwähnten noch den weiteren Beweis auf,

a) „daß zur Versteigerung desjenigen Grundstücks, welches „nach der Meinung der Contrahenten das zur Versteigerung „ausgesetzte gewesen sei, von der obervormundschaftlichen „Behörde Bewilligung ertheilt gewesen sey,"

oder

b) „daß die obervormundschaftliche Behörde bei Ertheilung „ihrer Versteigerungsbewilligung zu dem mit einer anderen „Nummer bezeichneten Grundstücke in der Meinung gewesen sey, sie habe hierdurch zur Versteigerung des mit No. „14 bezeichneten ihre Zustimmung ertheilt."

Intervenient trat diese Beweise durch Zeugen, Erbieten zum Eide und Zuschiebung des Schiedseides an; namentlich designirte er zur Führung der Beweisalternative sub b. die Mitglieder des Stadtgerichtes vom Jahr 1843 zu Zeugen in Betreff der Meinung, die sie bei Abfassung des Vergünstigungsdekretes, in dessen Folge obige Versteigerung abgehalten wurde, gehabt hätten; indem Intervenient auf diese Weise eine authentische Interpretation des Dekretes herbeiführen wollte, die durch eine veränderte Gerichtsorganisation auf andere Weise unmöglich geworden sei. In zweiter Instanz wurde vom Intervenienten zur Ergänzung seiner Beweisantretung die dem Vergünstigungsdekret vorausgegangene stadtgerichtliche Verhandlung als novum geltend gemacht.

Das Stadtgericht erkannte am 10. April 1851:

1) Der dem Intervenienten obgelegene Beweis ist verfehlt, und wird derselbe daher mit seinem Anspruch an den hinterlegten Entäußerungspreis des Grundstücks Gew. 72, Nr. 14 in der Bonameser Gemarkung abgewiesen und zum Ersatz der den Interventen verursachten Schäden und Kosten, praevia liquidatione, verurtheilt.

2) Nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses soll wegen Erhebung des Entäußerungspreises geeignete Verfügung ergehen.

Auf Appellation und Antrag auf Aktenversendung von Seiten des Intervenienten erkannte das Spruchkollegium zu Leipzig am 25. Juni 1851 unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses:

daß mit Abhörung der von dem Intervenienten No. 87 act. I. Inst. §. 2 benannten Zeugen, soweit solches nicht bereits geschehen, wohl zu verfahren, wogegen dessen Antrag auf Abhörung der ebendaselbst S. 5 als Zeugen benannten Senatoren der freien Stadt Frankfurt, ingleichen der S. 6 erfolgte Eidesantrag, beziehendlich Intervenientens Erbieten zum Eide nicht Statt hat.

Würde hiernächst Intervenient in Ansehung der S. 15 fasc. II. act. II. Inst. verbunden mit No. 4 derselben Akten als

neu aufgefundenen Urkunde inducirten Schrift mittelst Eides erhärten und

„daß er zur Zeit des übergebenen Beweises von dieser Urkunde
„keine Kenntniß gehabt habe",

schwören, so ist ihm der Gebrauch dieser Urkunde, gegen deren Inhalt jedoch die Interventen jedenfalls noch zu hören sind, billig zu gestatten, und ergehet sodann sowohl in der Hauptsache, als auch in Ansehung der bis zu dem Eingangs gedachten Erkenntniß erwachsenen Prozeßkosten, sowie der Schädenfrage halber, ferner, was Rechtens ist.

Auf Oberappellation der beiden Partheien stellte das Oberappellationsgericht am 29. März 1852 das stadtgerichtliche Urtheil wieder her, sprach jedoch den Intervenienten von der daselbst ausgesprochenen Verurtheilung zum Schadensersatze frei und compensirte die Kosten dieser und der vorigen Instanz.

117. Kann die gegen eine Parthei ausgestellte Vollmacht auch gegen einen Intervenienten genügen?

I. Der Intervenient hat sich zuerst darüber beschwert, daß der Legitimationspunkt in der **sententia a qua** nicht geordnet worden. Bei dieser Beschwerde liegt nicht etwa ein in den früheren Instanzen gestellter, richterlicher Seits unberücksichtigt gebliebener Antrag zum Grunde, sondern der Appellant macht es den vorigen Richtern zum Vorwurf, daß sie nicht **ex officio** den Mangel beachtet haben, welchen er nunmehr in der von den Weidemann'schen Erben auf Dr. Römer ausgestellten Vollmacht, deßhalb zu finden glaubt, weil jetzt nicht mehr die Bauamts-Eisenbahn-Commission, sondern er, Dörffel, der Gegner der Weidemann'schen Erben sei, die Vollmacht dem Dr. Römer aber nur für den Prozeß wider die Bauamts-Eisenbahn-Commission wegen Enteignung von Gew. 72 Nr. 14 ertheilt sei.

Diese Beschwerde mußte indessen als unbegründet verworfen werden. Geht man nämlich auf den Anfang der hier vorliegenden prozessualischen Verhandlungen zurück, so begannen dieselben damit, daß die Eisenbahn-Commission gegen den für den unbekannten Eigenthümer des Grundstücks Gew. 72 Nr. 14 bestellten

Curator Anträge auf Expropriation richtete. Wenn nun die Weidemann'schen Erben, zuerst als Eigenthümer des gedachten Grundstücks auftretend, ihre Vollmacht gegen ihre damalige Gegnerin, die Bauamts-Eisenbahn-Commission, ausstellten, und Dörffel als Principal-Intervenient in diesen Prozeß eintrat, so verstand es sich, da seine Ansprüche dasselbe Objekt verfolgten, welches die Weidemann'schen Erben in Anspruch nahmen, von selbst, daß die von diesen dem Dr. Römer ertheilte Vollmacht denselben auch legitimirte, für seine Mandanten gegen diesen neuen, in dem bisherigen Rechtsstreite mit auftretenden Gegner zu verhandeln. In diesem Sinne ist das Verhältniß auch vom Stadtgerichte in dem Bescheide vom 19. Oktober 1849 — [15] in dorso — aufgefaßt worden, ohne daß der Intervenient damals etwas dagegen eingewandt hatte, der vielmehr, obwohl er die Fassung der von den Weidemann'schen Erben beigebrachten Vollmacht, da er ersichtlich die betreffenden Akten eingesehen hatte, kannte, beständig bis in dieser Instanz mit Dr. Römer verhandelt hat, auch darüber ganz hinweggegangen ist, daß von seiner S. 10. derselben Schrift sich findenden Anführung, Heinrich Weidemann sei zur Entgegennahme von Schriftsätzen Seitens sämmtlicher Weidemann'schen Erben beauftragt, vom Stadtgericht keine Notiz genommen ward, und daß noch, nachdem er als Intervenient aufgetreten war, in stadtgerichtl. Akt. [26] eine neue ihm vom Stadtgerichte nach [25] in dorso mitgetheilte Vollmacht der Katharina Margaretha Mariane Weidemann beigebracht ward, welche ebenfalls des Intervenienten als Parthei in diesem Rechtsstreite nicht erwähnte. Hierbei kann es auch keinen Unterschied machen, daß die Bauamts-Eisenbahn-Commission, weil es für sie gleichgültig ist, ob Dörffel'n oder den Weidemann'schen Erben der Entäußerungspreis zu Theil wird, über dessen Quantum sie sich mit Beiden geeinigt hat, später an der Führung der Sache weiter keinen Antheil nahm, sondern es den genannten beiden Partheien überließ, über die Frage, wer von ihnen beiden der rechte Eigenthümer des in Frage stehenden Grundstücks sei, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen, denn nichts destoweniger sind die späteren Verhandlungen doch im-

mer als zu dem von der Bauamts-Eisenbahn-Commission gegen den unbekannten Eigenthümer von Gew. 72 Nr. 14 eingeleiteten Verfahren gehörig anzusehen, und in dieser Weise nicht nur von den Partheien, sondern auch von den Gerichten behandelt worden.

118. Vollmacht der Mündel. Zustimmung der Vormünder. Einfluß der Großjährigkeit.

Ebenfalls verwerflich ist das zweite, den Legitimationspunkt betreffende monitum des Intervenienten, welches dahin geht, daß die zur Zeit der Ausstellung der Vollmacht noch minderjährige Louise Wilhelmine Auguste Weidemann jetzt eine, ihre frühere ratihabirende neue Vollmacht um so mehr hätte ausstellen müssen, als ihre früheren Vormünder die Vollmacht nicht mit unterzeichnet hätten; denn es ist diese Behauptung in facto unrichtig, vielmehr haben beide Vormünder die erste Vollmacht mit unterschrieben, der eine derselben, Matthes, sogar ausdrücklich in seiner Qualität als Vormund, und wenn der andere Vormund, Kühn, die Vollmacht auch mit dem Zusatz „Bevollmächtigter für Georg Weidemann" unterzeichnet hat, so zeugt doch seine Mitunterschrift, welche der der Louise, seiner damaligen Pupillin, erst folgte, immer dafür, daß er die Vollmachtsausstellung derselben wußte und implicite genehmigte. Wenn übrigens auch da, wo nur die Vormünder eines Pupillen eine Vollmacht zum Prozeß ertheilt haben, es für den Prozeßbevollmächtigten der Vormünder, nachdem der Pupill volljährig geworden ist, einer neuen Vollmacht abseiten desselben bedürfen sollte,

Martin Lehrbuch des bürgerl. Prozeßes 12. Ausg. § 76. Not. h.

Linde Lehrbuch des Civilproz. 6. Ausg. § 131 Not. 1.

so liegt hier der Fall doch deßhalb anders, weil die frühere Pupillin selbst die Vollmacht unter Zustimmung ihrer Vormünder ausgestellt hat.

119. Unmögliche Beweisauflage.

Auch die zweite Beschwerde des Intervenienten, welche darauf gerichtet ist, daß die weiteren Beweisauflagen, die die Marburger Fakultät am 6. Januar 1851 ihm gemacht hatte, für unmöglich, deßhalb wirkungslos, und diese Beweise daher für erbracht hätten erklärt werden sollen, stellte sich als unbegründet dar. Die vorigen Richter waren nämlich auf keine Weise berechtigt, sich über die in letzter Instanz dem Intervenienten gemachten Beweisauflagen dadurch, daß sie dieselben für unmöglich zu führen erklärten, hinwegzusetzen, wie denn in der That durch diese Auflagen gar nichts in abstracto Unmögliches zum Beweise verstellt ist. Auch haben die Interventen mit Recht hiergegen bemerkt, daß nach der Fassung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses, der Intervenient abgewiesen werden soll, „es sei denn daß er beweisen könne ꝛc." so daß, da an dieser Fassung in den höheren Instanzen nichts geändert ist, wenn die dem Intervenienten nachgelassenen Beweise wirklich auf etwas Unmögliches gerichtet wären, dies jedenfalls keinen anderen Einfluß hätte haben können, als daß nun ohne Weiteres die Sachlage so zu beurtheilen war, als sei eine pure Abweisung des Intervenienten früher ausgesprochen. Die Analogie dessen, was bei Resolutivbedingungen Rechtens ist, müßte hier nämlich allerdings anwendbarer erscheinen, als ein Hinüberziehen und Anwenden der Folgen, die bei einer unmöglichen Suspensivbedingung Platz greifen.

120. Schadensersatz als Incidentantrag zuerst in höherer Instanz gefordert.

Soviel hingegen den Antrag des Intervenienten betrifft, daß er nicht allein in diesem Prozesse, sondern sogar schon jetzt für berechtigt erklärt werde, aus den für Gew. 72 Nr. 14 ad depositum gebrachten Geldern den für Gew. 72 Nr. 18 bezahlten Kaufpreis erstattet zu erhalten, sowie, daß ihm sein Anspruch auf Schadensersatz vorbehalten werde, so konnte auf denselben nicht eingegangen werden. Denn wenn es auch dem Intervenienten an sich noch nicht entscheidend entgegensteht, daß er diesen Anspruch in voriger Instanz mit keiner Silbe berührt hat, indem es sich deßhalb noch

nicht als unzulässig darstellt, denselben gleichsam als einen Incidentantrag in dritter Instanz zuerst aufzustellen, so liegt es doch zu Tage, daß es höchst unpassend gewesen wäre, diesem Antrage hier Statt zu geben, nachdem in dieser Instanz die Interventen sich S. 38 und 43 ihrer Vernehmlassung sowohl gegen die Berücksichtigung desselben in diesem Prozesse, als gegen dessen Statthaftigkeit überhaupt erklärt haben, und hatte sich das Oberappellationsgericht vielmehr jeder Entscheidung über diesen von dem vorliegenden Rechtsstreit ganz unabhängigen und daher eventualiter, wie dies der Intervenient selbst anerkannt hat, mit einer besonderen Klage zu verfolgenden Anspruch des Intervenienten zu enthalten. Es muß daher diesem überlassen bleiben, falls er zur Sicherung des von ihm bezahlten Kaufpreises von fl. 148 besondere Anträge zu stellen sich berechtigt hält und damit durchzukommen sich getraut, sich deßhalb an das Stadtgericht zu wenden.

121. Injurien der Anwälte.

Anlangend die darüber erhobene Beschwerde, daß die in der Schlußerklärung der Interventen in voriger Instanz ausgesprochenen Injurien dem Concipienten der Schrift nicht verwiesen und derselbe nicht angehalten worden, sie aus den Akten zurückzunehmen, so genügt es darauf hinzuweisen, daß der Anwalt des Intervenienten durch seine im Appellationslibell zweiter Instanz vorkommenden, gegen den Gegenanwalt sowohl — als gegen dessen Principale — gerichteten Ausfälle, sowie auch schon früher durch eine höchst gehässige Schreibart dergleichen Aeußerungen selbst provocirt hat, die, wenn sie gleich keineswegs zu billigen sind, doch kaum für mehr als Retorsionen gelten können.

122. Ueber welche Thatsachen können Richter als Zeugen aufgerufen werden?

Soviel die zweite Alternative betrifft, ist die Beweisantretung des Intervenienten vom Stadtgericht mit Recht für verfehlt erklärt worden. Wenn derselbe nämlich

— diejenigen Mitglieder des Senats, welche im Jahre 1843 der obervormundschaftlichen Behörde angehörten, zu Zeugen vorgeschlagen hat und durch sie beweisen will, daß nach der Absicht der Behörde das Vergünstigungs-Dekret derselben vom 20. März 1843 in einem anderen Sinne, als es nach seinem Wortlaute hat, ertheilt sei, indem mit dem Grundstücke, welches dort nach der Ordnungsnummer 16. Gew. 72 Nr. 18 bedeutet, in der That Gew. 72 Nr. 14 gemeint sei, so ist es an sich schon unzulässig, in einem Falle, wie dem vorliegenden, wo die Behörde, von welcher ein Erlaß ausgegangen ist, sich aufgelöst hat, deren Mitglieder zu dem Zwecke als Zeugen vorzuschlagen, um sich deren einzelner Aussagen gleichsam als einer authentischen Deklaration der Behörde selbst zu bedienen; vielmehr muß man darin den vorigen Richtern beitreten, daß jetzt, wo die gedachte Behörde nicht mehr existirt, sondern in ihrer damaligen Zusammensetzung zu bestehen aufgehört hat, eine solche authentische Deklaration überall nicht mehr geliefert werden kann, indem wenn auch alle einzelnen Mitglieder jener Behörde als Zeugen aussagten, daß sie damals bei Erlassung des Dekrets vom 20. März in der Meinung gewesen seien, die Vergünstigung zu Nr. 14 und nicht zu Nr. 18 zu ertheilen, darin doch immer kein Ausspruch jener Behörde selbst liegen würde.

Dagegen läßt sich freilich nicht verkennen, daß die Aussagen der Mitglieder der früheren obervormundschaftlichen Behörde von wesentlicher Bedeutung für die Beweisführung über die bei dem Dekrete vom 20. März 1843 gehegte Meinung unter gewissen Umständen sein könnten. Auch läßt sich nicht annehmen, daß es überall unstatthaft sei, öffentliche Beamten, mithin auch Richter, im Civilprozesse als Zeugen über Angelegenheiten abhören zu lassen, die sie vermöge ihres Amtes erfahren haben.

Ref. I, 32, §. 8 und 9.

und Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts ad caus. der Ehefrau Groß c. maritum zum Urtheil vom 29. November 1841.

Ebenso wenig kann dem Interventen darin beigepflichtet werden, daß die früheren Mitglieder der obervormundschaftlichen

Behörde, insoweit sie bei Verhandlung der Sache vor dem Stadtgericht Abtheilung I. als Mitglieder dieses Gerichts fungirten, nicht als Zeugen hätten vorgeschlagen werden dürfen. Denn sobald hier eine Unvereinbarkeit der Ausübung der richterlichen Funktion mit der Pflicht zur Ablegung eines Zeugnisses eintrat, hatten die vorgeschlagenen Zeugen auf ihr Richteramt in der vorliegenden Sache zu verzichten; eine solche Incompentibilität fand aber erst statt, wenn zu der Abhörung der zu Zeugen vorgeschlagenen Richter geschritten werden sollte, während diese keineswegs schon als Richter in eigener Sache angesehen werden können, so lange es sich nur darum fragte, ob ein Beweis dadurch, daß sie als Zeugen vorgeschlagen wurden, zulässiger Weise angetreten werden könne. Daher kann es auch keinen Unterschied machen, daß der intervenientische Anwalt ohne Vorbehalt vor denselben Personen, die er als Zeugen vorgeschlagen hat, als Richtern in der Sache mündlich verhandelt hat; denn dadurch verzichtete derselbe nur auf das seiner Parthei zustehende Recht, die von ihm als Zeugen vorgeschlagenen Richter in ihrer richterlichen Qualität zu recusiren.

Allein wenn die Vorschlagung der Mitglieder des Stadtgerichts als Zeugen auch nicht als an sich unzulässig erscheint, so wäre es doch nach Lage der Sache Pflicht des Producenten gewesen, speciell anzugeben, welche Thatsachen er denn durch diese zu Zeugen vorgeschlagenen Richter beweisen wolle, indem nur in dem zwar nicht unmöglichen, aber doch höchst unwahrscheinlichen Falle, daß der obervormundschaftlichen Behörde die einzelnen in der Bonameser Gemarkung belegenen Weidemann'schen Grundstücke bekannt gewesen wären, es überall denkbar wäre, daß das Stadtgericht der Meinung hätte sein können, bei Ertheilung des fraglichen Dekrets seine Zustimmung zur Versteigerung des mit der Ordnungsnummer 15 bezeichneten Grundstücks zu ertheilen. An einer solchen speciellen Angabe und Behauptung fehlt es aber im vorliegenden Falle gänzlich. Es ließ sich daher mit Gewißheit vorhersehen, daß die Abhörung der zu Zeugen vorgeschlagenen Richter zu keinem für die Beweisführung des Producenten irgend relevanten Resultate führen könne, und wär derselben daher nicht Statt zu geben.

Das Stadtgericht erkannte:

Da indessen, was zunächst die Beweisantretung ad 2 betrifft, offenbar die Intention eines Richtercollegiums bei Erlassung eines Bescheids nur aus diesem selbst oder aus den zu den Akten gekommenen Entscheidungsgründen entnommen, keineswegs aber durch Zeugen, sollten diese auch die Mitglieder des Gerichts selbst sein, bewiesen werden kann, da es nicht darauf ankommt, welche verschiedene rechtliche Motive der Abstimmung jedes einzelnen Mitglieds zu Grund gelegen haben, sondern nur darauf, was als Gesammtresultat der Abstimmung in die Akten niedergelegt worden ist, und worüber in concreto kein Streit obwaltet, so ergibt sich schon hieraus die gänzliche Unstatthaftigkeit des ad 2 versuchten Zeugenbeweises, so daß die Abwegigkeit der Benennung der Mitglieder desselben Gerichts, welches in der Sache entscheiden soll, zu Zeugen, kaum noch einer Erwähnung bedarf.

Das Appellationsgericht erkannte:

Was eine Person gemeint habe, namentlich ob sie statt dessen, was sie gesagt hat, etwas Anderes habe sagen wollen, kann zunächst und unmittelbar nur durch eine Erklärung dieser Person selbst, sei sie eine physische oder moralische, ermittelt werden. (Ob eine solche authentische Erklärung dessen, der gesprochen hat, einem Dritten gegenüber für ausreichend und beweiskräftig zu achten sei, ist eine andere, hier nicht weiter zu erörternde Frage). Existirt aber diese Person nicht mehr, so ist es auch unmöglich, eine solche unmittelbare Erklärung von ihr zu erlangen. Es bleibt in solchem Falle nichts weiter übrig, als dasjenige, was eigentlich gemeint worden sei, durch Interpretation, nach Befinden durch einen künstlichen Beweis festzustellen. Ein solcher läßt sich aber durch die ehemaligen Mitglieder des Gerichts in keiner Weise führen. Denn ein künstlicher Beweis ist nichts anderes, als der Versuch, die Thatsache A, die nicht Gegenstand des Beweises ist, darzuthun, und sodann aus deren Existenz auf die Existenz der Thatsache B, welche das eigentliche Beweis-Objekt ausmacht, einen mehr oder minder sicheren Schluß zu ziehen. Nun ist aber von Thatsachen, gleich der sub A, hier gar nicht die Rede. Auch hat Intervenient einen derartigen künstlichen Beweis in der Wirklichkeit gar nicht

beabsichtiget, wiewohl er dies in seiner Rechtfertigungsschrift behauptet, sondern er hat einen unmittelbaren, d. i. natürlichen Beweis des fraglichen Satzes durch die Gerichtspersonen führen wollen. Dies ist aber gezeigter Maßen unmöglich, und wenn selbst alle ehemaligen Gerichts-Mitglieder sich jetzt, nach 8 Jahren, noch ganz genau auf den in Rede stehenden Vorgang besinnen und über die Absicht, die sie bei Fassung des Dekrets, um welches es sich handelt, gehabt, namentlich, daß nach ihrem Willen die Zahl 14. statt 18. habe geschrieben werden sollen, bestätigen könnten, so würde dies noch nichts beweisen. Als officielle Erklärung könnte eine solche Versicherung nicht gelten, weil jene Männer nicht mehr die Behörde bilden; als Privatzeugniß wäre sie aus dem schon oben angegebenen Grunde wirkungslos.

123. Die Gewißheit, daß ein Beweismittel zu keinem für die Beweisführung relevanten Resultat führen kann, verbietet dessen Zulassung.

Eben so wenig läßt sich von den Aussagen der zu Zeugen vorgeschlagenen Einwohner zu Bonames für die Führung der zweiten Beweisalternative irgend ein Resultat erwarten. Diese Zeugen sollen nämlich, nach der vom Intervenienten in voriger Instanz gegebenen Ausführung, bei der Versteigerung am 12. Juni 1844 gegenwärtig gewesen sein, und der Intervenient meint, aus ihrer Abhörung werde sich ergeben, daß der Landamtmann aus den Vergünstigungsakten auf Anfragen bei der Versteigerung Auskunft darüber gegeben habe, zu welchem Acker Vergünstigung erbeten worden, und welcher Acker gemeint sei. Da indessen diese Akten vollständig vorliegen und aus denselben über eine solche Meinung der obervormundschaftlichen Behörde nichts zu ersehen ist, so kann auf diese Zeugenaussagen überall nichts ankommen, indem es klar ist, daß der Landamtmann eine solche Mittheilung aus den Akten gar nicht machen konnte, da nach denselben ja deutlich die Vergünstigung zum Verkaufe von Nr. 18 ertheilt ist. Ueberdies ist nach der Stellung dieser Zeugen überhaupt nicht anzunehmen, daß sie sonst etwa im Stande sein sollten, irgend etwas auszusagen, was für die Beweisführung von Relevanz wäre.

Wenn der Intervenient aber ferner noch als Novum in zweiter Instanz einzelne Protokolle aus den, dem stadtgerichtlichen Dekrete vom 20. März 1843 vorangegangenen Verhandlungen vor dem Land-Justizamte zur Ergänzung seiner Beweisantretung vorgelegt hat, so bedarf es nur einer Ansicht derselben, um sich zu überzeugen, daß dieselben auch nicht das geringste für die Beweisführungen des Producenten enthalten.

124. Eidesdelation über Meinungen und Gedanken.

Sonach fragt es sich, da von der Zulassung des Intervenienten zu einem Erfüllungseide nach dem Bisherigen nicht die Rede sein kann, nur, ob die Eidesdelation an die Interventen zulässig ist. Dies kann nun hinsichtlich der ersten Beweisalternative schon deßhalb nicht angenommen werden, weil, wie oben ausgeführt worden, der volle Gegenbeweis schon in den Akten liegt. Es kann aber auch hinsichtlich der zweiten Beweisalternative, obwohl der Intervenient später erklärt hat, nur einen Glaubenseid von den Interventen zu verlangen, diesen nicht zugemuthet werden, sich auf den deferirten Eid überall zu erklären, da sie über die vom Stadtgerichte bei seinem Dekret vom 20. März gehegte Meinung überall nichts wissen können, noch füglich nach ihrer Stellung im Leben darüber sich überall eine Ansicht zu bilden, im Stande sein möchten. Bei einer solchen Sachlage ist die Eidesdelation aber kein statthaftes Beweismittel.

Das Appellationsgericht erkannte:

Auch diese Beschwerde ist unbegründet; denn der Eid kann nur über äußerlich wahrnehmbare Thatsachen, nicht über Meinungen und Gedanken, überhaupt nicht über innerliche Bewegung des Princips der Menschen — zumal dritter Personen — angetragen werden. Noch unwirksamer ist das Erbieten zum Eide.

125. Beweis per aequipollens.

Der Producent hat nun freilich in voriger Instanz erklärt, den Beweis der zweiten Alternative auch dadurch führen zu wollen, daß er den Nachweis liefere, das Gericht habe bei Ertheilung

der Vergünstigung gar keinen besonderen Acker im Auge gehabt, sondern nur der Absicht des Curators und der Kinder entsprechen wollen und die Zustimmung zu der Versteigerung so gegeben, wie sie der Curator und die Kinder beabsichtigten, und meint derselbe, daß diese zweite Alternative auf diese Weise **per aequipollens** erbracht werden würde. Es kann indessen ganz ununtersucht bleiben, ob die Beweisantretung des Intervenienten für geeignet zu halten ist, den Beweis seiner jetzigen Behauptung zu erbringen, da es klar ist, daß die Voraussetzung desselben, daß diese Beweisantretung für ein **aequipollens** der zweiten Alternative gelten könne, durchaus unrichtig ist. Der Producent will nämlich durch diese seine Beweisführung darthun, daß das Stadtgericht, wenn für Nr. 14 auf Vergünstigung zu der Versteigerung angetragen wäre, diese ebenfalls ertheilt haben würde. Dieser Umstand erscheint aber nach der, dem Beweisinterlocute der Marburger Fakultät zum Grunde liegenden Auffassung der Sache, als etwas durchaus Unerhebliches, indem die Fakultät verlangt, daß bewiesen werde, entweder, es sei wirklich ausdrücklich zum Verkauf von Nr. 14 die Vergünstigung ertheilt, oder es habe diese Ertheilung doch in der speciellen Absicht der Behörde gelegen. Diese beiden Beweisalternativen sind mithin auf etwas so durchaus verschiedenes gerichtet, daß man keineswegs berechtigt ist, anzunehmen, es würde auch jene Behauptung, wenn der Intervenient dieselbe vor Abgabe des Beweisinterlocuts aufgestellt hätte, ebenfalls zum Beweis verstellt worden sein. Nur wo diese Voraussetzung aber zutrifft, liegt der Fall einer Beweisführung **per aequipollens** vor, dessen wahrer Begriff eben darin besteht, daß statt des zum Beweise verstellten Umstandes ein anderer bewiesen wird, der in einer verschiedenen Modifikation eben desselben Hauptfaktums besteht und von der Art ist, daß sich voraussetzen läßt, es würde die Beweisauflage auf diesen neuen Umstand gerichtet worden sein, wenn derselbe schon vor dem Beweis-Interlokute zur Sprache gekommen wäre. Hierüber hat sich das Oberappellationsgericht wiederholt ausgesprochen, unter andern

in S. M. A. von Rothschild und Söhne c. Borgnis zum Urtheil vom 10. December 1836.

Taunus-Eisenbahn-Commission c. Trier u. Comp. zum Urtheil vom 30. November 1840.

126. Accessionen, die bei einem Interlokute mit Stillschweigen übergangen sind, müssen durch Ausführung eines Rechtsmittels zur Geltung gebracht werden.

Dagegen konnte das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 4. April vorigen Jahres, insofern es den Intervenienten auch zum Schadensersatze an die Interventen verurtheilt, der hier in der Vergütung von Zinsen von der beim Rechneiamt deponirten Summe bestehen würde, nicht wiederhergestellt werden. Denn so gerecht an sich diese Entscheidung ist, und so wenig nach

Reformat. Th. I. Tit. 16 § 1

es Anstand haben könnte, den Intervenienten, obwohl man ihn als Kläger zu betrachten hat, zum Schadensersatz zu verurtheilen, wenngleich von Seiten der Interventen keine eigentliche Widerklage erhoben ist, so steht diesen hier doch das frühere stadtgerichtliche, in dieser Beziehung rechtskräftig gewordene Erkenntniß vom 11. Januar 1850 entgegen, in welchem der Intervenient, falls er den ihm nachgelassenen Beweis nicht erbringt, neben der für diesen Fall ausgesprochenen Abweisung des Anspruchs selbst, zwar in die Kosten, nicht aber zur Leistung eines Schadensersatzes verurtheilt ist, über welche Verurtheilung, da die Interventen sich damals bei derselben beruhigt haben, auch jetzt nicht hinausgegangen werden konnte, da nur die Purifikation der damals noch von einer Beweisführung des Intervenienten abhängig gemachten Entscheidung des Stadtgerichts auszusprechen war.

IL.

Anna Catharina Schneider Wwe., geb. Gundlach dahier, Klägerin

contra

Anna Catharina Schneider Wwe., geb. Ackermann als Vormünderin ihres minderjährigen Sohnes und die beiden großjährigen Töchter derselben, Elisa Emma und Elisa Clara Schneider, Beklagte.

Es handelt sich darum, ob ein Dekret des Stadtgerichts vom 22. September 1851, nachdem gegen einen Theil desselben Beklagte, wegen Ausschluß mit einem liquidirten Posten, Restitution nachgesucht und erlangt hatten, in seinem übrigen Inhalt rechtskräftig geworden sei oder nicht. Diese Frage wurde auf Appellation der Klägerin bejaht

vom Appellationsgericht am 6. Febr. 1852,

vom Oberappellationsgericht am 6. April 1852,

von dem letztern aber der Klägerin anheimgestellt, ein Restitutionsgesuch gegen den Bescheid vom 22. Sept. 1851, sofern sie sich mit solchem rechtlich durchzudringen getraue, geeigneten Ortes anzubringen.

L.

Felix Abenheim-Götz dahier, Imploranten

ad causam

Abenheim-Götz c. creditores.

Der Implorant beantragte nach Aushandlung seines Concurses die Rechtswohlthat der Güterabtretung. Dieselbe wurde ihm versagt

vom Stadtgericht am 13. August 1851,
vom Appellationsgericht am 3. Oktober 1851,
vom Oberappellationsgericht am 24. Apr. 1852.

127. Einwendung der Extrajudicial-Appellation.

In Erwägung, daß sowohl nach gemeinem Prozeßrechte
c. 1. de appellat. in VIto (2, 15)
Clem. 5 eod. (2, 12),
als nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 161 der Oberappellationsgerichts-Ordnung die Einwendung der Extrajudicial-Appellation mit einer speciellen Angabe der Beschwerden verbunden sein muß, weil in solchen Fällen dem Unterrichter die Befugniß nicht entzogen ist, sein früheres Erkenntniß selbst abzuändern, daß auch in der monatlichen Bekanntmachung des Oberappellationsgerichts vom Oktober 1841 noch besonders darauf aufmerksam gemacht worden ist, daß die Vernachlässigung dieser Vorschrift die Desertion des Rechtsmittels zur Folge habe;

daß aber die Appellation des Imploranten gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 3. Okt. v. J. ohne alle Angabe von Beschwerden eingewendet worden ist und über diesen Mangel umsoweniger hinweggegangen werden kann, als auch die Appellation gegen das stadtgerichtl. Erkenntniß vom 13. Aug. v. J. in gleich allgemeiner Weise eingewendet wurde uud beide Erkenntnisse zwei verschiedene Gegenstände einer möglichen Weise beabsichtigten Beschwerdeführung darboten, in der Appellationsausführung auch wirklich nach beiden Richtungen hin angefochten worden sind,

wird für Recht erkannt:

daß die — Berufung — wegen unförmlicher Einwendung für desert zu erklären sei.

LI.

Felix Abenheim-Götz dahier, Imploranten
ad causam
Abenheim-Götz c. creditores.

Der Implorant suchte, nachdem das in der vorigen Nummer mitgetheilte Erkenntniß erlassen war, um Restitution bei dem Oberappellationsgerichte nach, welches Gesuch aber von demselben am 24. Mai 1852 abgeschlagen wurde.

128. Restitutionen werden nur wegen Fristversäumung, nicht wegen anderer Versehen der Anwälte ertheilt.

Das Oberappellationsgericht ging von der Erwägung aus, „daß sowohl der §. 160 der Oberappellationsgerichts-Ordnung, als dessen Quelle, der Reichskammergerichtsbeschluß vom 19. Mai 1786, die Schuld des Advokaten nur im Falle einer Fristversäumniß als Restitutionsgrund anerkennt, daß es daher bei andern, der Parthei zum Nachtheil gereichenden Versehen des Advokaten, namentlich in Fällen, wo eine Handlung zwar zeitig, aber nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise vorgenommen worden ist, bei der entgegenstehenden Regel des gem. Rechts

L. 19 D. ex quibus causis maj. (4, 6)
L. 10 C. de procurat. (2, 13)
Martin Civilprozeß § 82

verbleiben muß, hiernach auch bereits in früheren gleichen Fällen z. B. in

Fr. S. Hoffmann'sche Testamentserben Mai 1813

von dem Oberappellationsgericht entschieden worden ist."

LII.

J. A. R. zu Wiesbaden, Kläger
contra
J. G. dahier, Beklagten.

J. A. R. klagte gegen J. G. auf Bezahlung einer Summe von fl. —, weil Beklagter von ihm zur Erhebung eines Kapitals aus der M.'schen Nachlaßcuratel bevollmächtigt worden sei. Dieses Kapital habe Beklagter einkassirt aber zum Theil bei U. deponirt (in Bezug hierauf wird sich Schadensersatz vorbehalten), zum Theil (die eingeklagte Summe) nicht abgeliefert. Beklagter opponirte die Einrede der Simulation, indem Kläger nur den Namen zu einem Geschäfte zwischen M. und S. hergegeben habe, daher S. der eigentliche Gläubiger sei, der auch dies ganze Capital, abzüglich einer Zahlung von fl. 75 an Kläger und seiner (des Beklagten) Deservitenrechnung, durch die Deposition sämmtlicher eingenommenen Gelder bei U. empfangen habe.

Das Stadtgericht erkannte am 7. Juli 1851:

II. Beklagter ist schuldig, den eingeklagten Betrag, abzüglich der an Kläger behaupteten Zahlung und der Deservitenrechnung, sammt Zinsen — zu zahlen.

III. Beklagter hat — den sub II. abgezogenen Betrag — — zu bezahlen, er könnte denn — beweisen, „daß er fl. — an den Kläger bezahlt und fl. — außergerichtliche Kosten an denselben zu fordern habe.

V. Wegen der Kosten bleibt Entscheidung vorbehalten.

Auf Appellation des Beklagten ließ das Appellationsgericht am 24. Okt. 1851 unter Kostencompensation den Beklagten ad II. und III. zu dem weiteren Beweise zu, „daß der von ihm mit dem Kläger abgeschlossene Bevollmächtigungsvertrag von letzterem nur zum Scheine vollzogen, in der Wirklichkeit aber und nach der Absicht der Contrahenten von und für S. abgeschlossen worden

sei.“ Führe der Beklagte diesen Beweis, dann sei der Kläger unter Verfällung zum Kostenersatze mit der erhoben Klage abgewiesen. Dieses Erkenntniß wurde auf Oberappellation des Klägers vom Oberappellationsgericht am 30. April 1852 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten bestätigt.

129. Welches Geschäft gilt bei Simulationen unter den Contrahenten?

Materielle Bedenken stehen der Zulassung des fraglichen Beweises nicht entgegen. Denn sobald erwiesen wird, daß das in dem Prozeß gegen den M.'schen Nachlaß ertheilte Mandat nach Absicht der Partheien nur für S. ausgeführt werden sollte und dieser der eigentliche Mandant gewesen sei, daß aber Kläger nur, weil das Hauptgeschäft selbst auf seinen Namen lautete, den Namen hergeliehen habe, so läge es klar vor, daß das in Wirklichkeit geschlossene Geschäft, nämlich der Auftrag für Rechnung und in Vertretung des S. das diesem von M. zugesagte Darlehen unter Klägers Namen einzuklagen, dem Nachlaßcurator dissimulirt worden und statt desselben ein vom Kläger ertheiltes Mandat, die ihm für die Schein-Cession der S.'schen Hypothek angeblich noch beikommende Valuta einzutreiben und zu erheben, simulirt wäre. Bei solchen Simulationen gilt nun aber dasjenige Geschäft, welches bloß zur Verdeckung des eigentlich geschlossenen dienen soll, unter den Contrahenten überall nichts, sondern zwischen diesen besteht nur das wirklich gemeinte. Es würde daher, jenen Beweis vorausgesetzt, ein vom Kläger für seine Rechnung dem Beklagten ertheiltes Mandat, zu Erhebung von Geldern überall nicht existiren, die zum Scheine ausgestellte Vollmachts-Urkunde gar nicht weiter in Betracht kommen können und somit die bloß hierauf gegründete **actio mandati** des Klägers als völlig unstatthaft anzuerkennen sein.

Von einer exceptio ex jure tertii kann hierbei so wenig, wie überhaupt bei allen die Person der Contrahenten betreffenden Simulationen oder bei der **exceptio deficientis legitimationis activae** die Rede sein, da Beklagter nur darauf sich beruft, für seine Person dem S. verhaftet zu sein und Klägern selbst gegenüber bloß dem äußeren Scheine nach sich verpflichtet, in Wahrheit da-

gegen gar keine Verbindlichkeiten überkommen zu haben. Und ebenso wenig erwächst daraus, wie gleichwohl Kläger vermeint, irgend ein Bedenken, daß in der fraglichen Vollmacht Beklagtem ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, die zu erhebenden Gelder nur an Kläger auszuantworten, indem diese Clausel und Zusage mit Beseitigung der ganzen Vollmacht als eines bloßen Scheinmandats von selbst wegfällt.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

4. die Einwendung des Beklagten, daß sein eigentlicher Gewaltgeber in dieser Sache S. als der zur Erhebung des fraglichen Kapitals allein Berechtigte gewesen und Kläger nur von M. vorgeschoben worden sei, als de jure tertii entnommen zu erachten ist, auch in Betracht des zwischen Anwalt und Gewaltgeber obwaltenden rechtlichen Verhältnisses als unzulässig erachtet werden muß.

Das Appellationsgericht erkannte:

— — Diese Behauptungen betreffen, so nahe sie auch das Rechtsverhältniß dritter Personen mitberühren mögen, doch in der That das zwischen dem Beklagten und dem Kläger formell bestehende Vertragsverhältniß ganz direkt und kann daher der deßfallsige Beweis dem Beklagten nicht entzogen werden.

LIII.

F. B. Cardini dahier, Kläger und Widerbeklagter
contra
H. L. Minoprio dahier, Beklagten und Widerkläger.

Cardini hatte mit Minoprio einen Vertrag dahin abgeschlossen, daß ersterer dem letzteren Unterricht in der Tabaksfabrikation ertheile, zu diesem Behufe ihm alle Recepte und Notizen über dieselbe ausliefere, bei dem Ein- und Verkauf zu Handen gehe ꝛc. ꝛc.

Dagegen sichert Minoprio dem Cardini die Zahlung eines festen Betrages von fl. — jährlich und im Falle der Unfähigkeit Cardini's eine lebenslängliche Leibrente von fl. — zu. Im März 1851 enstanden zwischen Beiden Differenzen, welche dahin führten, daß Cardini aus dem Geschäft des Minoprio wegblieb und im April aus dem obgedachten Vertrage den ihm zukommenden Gehalt im Wege der Klage in Anspruch nahm, indem er sich bereit erklärte, seinen contraktlichen Verpflichtungen fernerhin zu entsprechen. Beklagter behauptet dagegen, Kläger sei eigenmächtig, aus dem Geschäfte weggeblieben und fordert widerklagend Schadensersatz.

Das Stadtgericht machte am 3. September 1851 seine weiteren Verfügungen in Vor- und Widerklage von folgenden Beweisen abhängig. Es hat darzuthun

I. in der Vorklage

A. der Kläger,

daß ihm der Beklagte, die Fabriklokalitäten und das Waarenlager zu betreten, im März 1851 verboten habe;

B. der Beklagte,

sub a — d., inwiefern Kläger dem Vertrage nicht nachgekommen sei;

II. in der Widerklage der Beklagte und Widerkläger,

daß er und wie großen Schaden er aus der sub B. a — d erwähnten Handlungsweise des Klägers erlitten habe.

Auf Appellation des Kläger's wurden vom Appellationsgerichte vom 19. Dec. 1851 unter Kostencompensation demselben sub I. noch der weitere Beweis auferlegt, „daß Beklagter ihm die Weisung gegeben habe, daß er nichts mehr zu arbeiten und nichts mehr bei dem Beklagten zu thun habe."

Auf Oberappellation des Klägers wurde dieses Urtheil vom Oberappellationsgericht am 6. Mai 1852 unter Kostencompensation zwar im Uebrigen bestätigt, die in solchem unter Nr. 1 auferlegten Beweise aber für den seit behändigter Klage fälligen Betrag der klägerischen Forderung, sowie den Fortbestand des Vertrags überhaupt wieder aufgehoben.

130. Rechtsverhältnisse bei zweiseitigen Verträgen, wenn vertragswidriges Handeln des einen Theils vorliegt.

Wenn

1. das Appellationsgericht davon ausgeht, aus der freiwilligen Entfernung des Klägers aus dem Geschäft folge ein stillschweigender Verzicht auf die contraktlichen Rechte und Verbindlichkeiten, welcher gegen den Willen des Mitcontrahenten durch das Erbieten zur Fortsetzung des Vertrages nicht aufgehoben werden könne, so war dieser Auffassung nicht beizupflichten. Denn jene Annahme ist viel zu absolut. Wenn ein Contrahent vertragsmäßige Verbindlichkeiten zu erfüllen unterläßt, so kann man aus solchen Unterlassungen allein noch nicht folgern, daß er auf seine Rechte aus dem Contrakt habe verzichten oder den Contrakt aufheben wollen. Jenes bloße Unterlassen kann in Trägheit, Indolenz, Mißverständnissen u. dergl. seinen Grund haben, unmöglich aber für sich allein zur Annahme einer stillschweigenden Willensänderung führen, da eine solche nur dann angenommen werden darf, wenn die Handlung oder Unterlassung wahrhaft schlüssig ist, d. h. keine andere Auslegung zuläßt. Aus jenem Entscheidungsgrund des Appellationsgerichts würde sich die Consequenz ergeben, daß in jedem absichtlichen vertragswidrigen Handeln oder Unterlassen die Absicht ausgesprochen liege, den Vertrag aufzuheben, ein Satz, welcher mit den Quellen entschieden in Widerspruch steht.

L. 8. 9. C. de contrahendo emtione (4. 38.)
L. 14. C. de rescindenda venditione (4. 44.)
L. 2. C. quando liceat ab emtione discedere (4. 45.)

Eben so wenig aber läßt sich

2. dem von dem Stadtgerichte hervorgehobenen Vertragsbruch von Seiten des Klägers in dem vorliegenden Falle die Bedeutung beilegen, daß der Beklagte durch solchen allein die Befugniß erhalten habe, auch seinerseits den Vertrag als gänzlich aufgehoben zu betrachten. Es ist

a. heutzutage bei allen Verträgen anerkannter Grundsatz, daß bei Vertragswidrigkeiten einer Parthei der andern in der Regel

nicht das Recht zustehe, von dem Vertrage abzugehen, sondern nur das Recht auf Erfüllung zu klagen.

Vergl. die unter Nr. 1 angeführten Quellen-Citata.

Dagegen darf

b. die Aufhebung des Vertrags wegen Vertragswidrigkeiten eines Theils der andere nur dann beanspruchen, wenn er zu beweisen vermag, daß sein Interesse wegen der Nichtleistung gerade in dieser Aufhebung liege, d. h. daß durch jene Nichtleistung die Erfüllung des Vertrages das wesentliche Interesse für ihn verloren habe.

L. 24 § 4 D. locatio (19. 2.)

L. 135 § 2 D. de V. O. (35. 1.)

c. Ob nun ein Fall dieser Art vorliege, darüber hat nach

L. 135 § 2. cit.

lediglich das richterliche Ermessen unter Berücksichtigung der concreten Sachlage zu entscheiden. Läßt sich nun gleich auf der einen Seite nicht verkennen, daß das Hinwegbleiben aus einer Schnupftabaks-Fabrik von Seiten einer Person, welche contraktlich verbunden ist, dem Fabrikherrn bei Fabrizirung des Schnupftabaks, bei Ausführung der Aufträge und dem Ankauf der rohen Tabaksblätter mit Rath und Anleitung nach bestem Wissen und Gewissen an die Hand zu gehen, dem Geschäfte einen nicht unbedeutenden Nachtheil zuzufügen im Stande ist, indem die angeführten Obliegenheiten eine regelmäßige Anwesenheit in der Fabrik erforderlich machen dürften, so mußte doch andererseits die Erwägung, daß es sich in dem vorliegenden Fall um eine Versäumniß handelt, welche erst nach zweijähriger Dienstleistung und nicht bei Beginn des Geschäfts und des in Bezug auf solches unter den Partheien abgeschlossenen Vertrages von Seiten des Klägers verübt worden ist, so wie, daß dieser Vertrag insofern von den gewöhnlichen mit dem Faktor einer Fabrik vereinbarten Dienstverträgen abweicht, als er auf Lebenszeit des Klägers, des früheren Compagnons des Beklagten, abgeschlossen ist, und zugleich die Ueberlassung der gesammten Kunde des Klägers von dem Wesen der Schnupftabaksfabrikation zum Gegenstand hat, zu der Entscheidung führen, daß durch die vorliegende Verletzung des Vertrages, dessen Fortbestand

nicht ergriffen würde. Hieraus folgt dann von selbst, daß der Beklagte von dem Augenblick an, wo er durch Mittheilung der Klagschrift von der Absicht des Klägers, den Vertrag weiter zu erfüllen, in Kenntniß gesetzt war, und nun seinerseits, wenn gleich in der irrigen Meinung, durch das frühere Wegbleiben des Klägers von dem Vertrage mit solchem entbunden zu sein, die Annahme der Leistungen desselben ablehnte, verbunden ist, die vertragsmäßigen Prästationen demselben zu leisten, insofern er nicht im Stande sein sollte, durch die hier nicht weiter in Frage kommenden Beweise seiner Einreden sich von dieser Verbindlichkeit zu befreien.

LIV.

Franz Anton Joseph Westhofen dahier, Kläger
contra
Johann Heinrich Schwalb dahier, Beklagten.

Der Beklagte hatte, zufolge Urtheils des Oberappellationsgerichts vom 30. December 1850 zu beweisen, „daß bei der Ausfertigung und Unterschrift des Kaufcontrakts vom 1. Okt. 1840 die Absicht der Partheien dahin gegangen sei, die im § 6 des Vertrages vom 28. März 1840 über die Aufhebung des gesetzlichen Wiches enthaltene Stipulation noch ferner beizubehalten.“ Beklagter trat einen Zeugenbeweis an; das Stadtgericht erkannte am 24. Sept. 1851 auf den Erfüllungseid des Beklagten, während auf Appellation des Klägers das Appellationsgericht am 22. December 1851 dem Kläger den Reinigungseid auferlegte. Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation des Klägers unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze vom Oberappellationsgericht am 22. Mai 1852 bestätigt.

LV.

Emma Junck aus Cleve, Klägerin

contra

Alexander Kyd und dessen Ehefrau aus England, Beklagte.

Emma Junk klagte auf ein Salair von fl. — vermöge eines auf ein Jahr mit den Beklagten abgeschlossenen Contrakts, deren Kinder zu erziehen, da sie nach Verlauf von 14 Tagen entlassen worden sei. Zufolge der Einreden wurde die Klägerin unter Verurtheilung zum Kostenersatze vom Stadtgericht am 18. Februar 1852 ab- und zur Ruhe gewiesen. Auf Appellation der Klägerin wurde dieses Erkenntniß bestätigt

vom Appellationsgericht am 19. April 1852
vom Oberappellationsgericht am 28. Juni 1852
wegen Desertion.

Auf Restitutionsgesuch der Klägerin wurde auch dieses am 13. Januar 1853 verworfen.

131. Restitution wegen versäumter Nothfrist wird nur wegen Versehen des Anwaltes, nicht wegen Verschulden der Parthei ertheilt.

Es fehlt an jedem rechtlichen Restitutionsgrunde; denn dieser ist nicht etwa in ein Verschulden des Anwalts der Klägerin gesetzt, der vielmehr ausdrücklich alle und jede Verschuldung von sich ablehnt, sondern die Schrift der Appellantin stützt sich lediglich darauf, daß dem in Cleve lebenden Bruder der Klägerin, welchen diese mit der Betreibung des Prozesses beauftragt habe, ein Verschulden zur Last falle. Nun ist aber bekanntlich das Versehen eines Mandatars kein Restitutionsgrund gegen dritte Personen

Martin Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses § 82 a. E. 12te Ausg.

und nur wo der Fehler von dem Advokaten begangen worden und in einer Fristversäumung desselben besteht, ist durch das conclusum camerale vom 8. März 1786

s. Schmelzer Cont. Proz. S. 35 u. Flg. des Anhangs sub. 7.

eine in den § 160 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht übergegangene Ausnahme gemacht. Es liegt aber hier ferner der Darstellung des Restitutionsgesuchs sowohl nach, als nach — auch ein eigenes persönliches Verschulden der Klägerin vor.

LVI.

Carl Wilhelm Breckheimer dahier, Kläger
contra
Joh. Ludwig Ritter dahier, Beklagten.

Der Kläger hatte in Folge Stadtgerichtsdekrets vom 16. Mai 1849 zu beweisen, daß er gegen Ausstellung der zwei Wechsel von fl. 500 und fl. 1000 von dem Beklagten nur fl. 10. 48 kr. oder doch wie viel weniger als fl. 1500 erhalten habe. Dieser Beweis wurde durch Zeugen, Criminalakten und Erbieten zum Schiedseid angetreten.

Das Stadtgericht erkannte am 19. Nov. 1851, daß der Beweis für verfehlt zu erachten sei. Das Appellationsgericht erkannte auf Appellation des Klägers am 30. Januar 1852 auf den Schiedseid des Beklagten. Auf abermalige Appellation des Klägers ließ das Oberappellationsgericht am 15. Juli 1852 den Beklagten zu dem Erfüllungseide zu.

132. Künstlicher Beweis, basirt auf Vermuthungen.

Aus den — Akten — ergibt sich die dringendste Vermuthung für Klägers Angabe, die verschriebene Valuta nicht erhalten zu haben — — Ferner steht durch die übereinstimmenden Aussagen

der — Zeugen fest, daß in der Zeit, wo die Ausstellung der Wechsel erfolgte und das angebliche Darlehn ausbezahlt sein soll, B. ganz ohne Geld war und in der kümmerlichsten Lage sich befand — — Dies wäre aber ganz unerklärlich, wenn er damals, gleichviel, ob nach und nach oder in ungetrennter Summe vom Beklagten so viel Geld, als die Wechsel besagen, selbst nur annähernd erhalten hätte. Andererseits ist bei solcher hülflosen Lage des Klägers — — überall nicht glaublich, daß Beklagter demselben ohne alle Sicherheit auch nur eine erhebliche, geschweige denn eine so bedeutende Summe vorgestreckt haben sollte. — — — Weiter ist, was Beklagter jetzt über Anlaß und Zweck des angeblichen Darlehns vorgebracht hat — — — — durch die Aussagen der Zeugen — — — als Unwahrheit und als ein leerer Versuch documentirt, der Wechselausstellung einigen Schein zu geben: dazu kommt, daß Kläger gerade in der Zeit, wo die Wechsel ausgestellt wurden, sich gegen die Zeugen — — beklagt hat, er sei von Ritter zur Zeichnung von Wechseln verleitet worden, ohne Geld oder doch ohne mehr als einige Thaler erhalten zu haben, — eine Deposition, deren Gewicht — — um so weniger beanstandet werden kann, als über den Betrag des empfangenen und der verschriebenen Summen — die — — Zeugenangabe zu den Behauptungen des Klägers und zu dem Inhalt der Wechselbriefe stimmen. Endlich ist von großer Erheblichkeit die vom Beklagten in der Untersuchung wegen Wucher — gemachte Erklärung, es möge nur das Gericht, da Breckheimer in solchen Verhältnissen lebe, daß nie etwas von ihm zu erwarten stehe, demselben beide Wechsel restituiren, — — — indem Kläger als Entlastungszeuge für den Beklagten aufgetreten war und so Letzterer, was auch Kläger im jetzigen Prozeß von Anfang an behauptet hat, wohl sich veranlaßt finden konnte, als Lohn für solchen Dienst — — mit Verlust der wirklich gezahlten Summe die klägerischen Wechsel zu restituiren.

Allen diesen zu Beklagten's Ungunsten sprechenden Momenten gegenüber läßt sich — — — vielmehr nicht verkennen, daß dem Kläger für seine Behauptung nur 4 Krthlr. auf jene Wechsel geliehen erhalten zu haben, „gar starke Vermuthungen oder andere

glaubwürdige Anzeigen zur Seite stehen. Nicht blos aber kann überhaupt schon daraufhin nach

Ref. I. 39 § 7

der Beweisführer zum Erfüllungseide zugelassen werden, sondern es ist auch der hier gewonnene Indicienbeweis so stringenter Art, daß man keinen Anstand nehmen kann, die klägerische, allerdings nur künstliche, nicht direkte Beweisführung für mehr als halb gelungen zu erklären.

LVII.

Albert Mayer zu Mainz, Kläger und Widerbeklagter
contra
Emanuel Cahn dahier, Beklagten und Widerkläger.

Das Stadtgericht erkannte am 6. Febr. 1852:

1. Beide Theile haben gegenseitig — für die Streitkosten eine Caution von fl. 75 zu leisten — — —

2. Würde sodann Kläger — — darthun,

daß er ein Achtel des Looses Nr. 17354 zur 1. Klasse der 119. Frankfurter Lotterie bei dem Beklagten gespielt habe,

so soll weiter ergehen, was Rechtens;

3. die Entscheidung in der Widerklage bleibt ausgesetzt.

Dieses Urtheil wurde auf Appellation des Beklagten unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze vom Appellationsgericht am 22. März 1852 und vom Oberappellationsgericht am 15. Juli 1852 bestätigt.

133. Cautio pro reconventione.

Die rechtliche Natur der Caution wird weder dadurch verändert, daß

a. die zu Frankfurt ergangenen Erkenntnisse in Mainz nicht unmittelbar vollstreckt, sondern nur im Wege der Klage geltend gemacht werden können, eine solche aber aus Lotteriegeschäften

nicht gestattet sei, indem jene Eigenthümlichkeit bei allen auswärts durchgeführten Rechtsansprüchen eintritt, die Versagung der Klage aber, wenn man sie in einem Fall, wo vornehmlich die Nutzungen einer Geldsumme, welche aus einem Lotteriegewinnst herrührt, gefordert werden, für möglich hält, jedenfalls ein dem Beklagten zur Last fallender Zufall sein würde, welcher den Inhalt eines allgemeinen Rechtssatzes nicht ändern kann; noch

b. in dem vorliegenden Fall durch den Umstand, daß der Inhalt der Widerklage in Schäden besteht, welche der Beklagte angeblich von dem Kläger erlitten hat, beseitigt wird, indem die Gründe des vorigen Urtheils nur von Kosten und Schäden reden, welche Folge, nicht von solchen, welche Inhalt einer Widerklage sind.

Das Appellationsgericht erkannte:

Nach gemeinem Rechte ist die **cautio pro reconventione** nur eine **cautio de judicio sisti**, von der keine Rede sein kann, wenn und so lange Klage und Widerklage gleichzeitig verhandelt werden. Die Bestimmungen der **Ref. I. 16. §. 1 u. 3** haben durch Gerichtsgebrauch ihre Erläuterung dahin gefunden, daß hiernach in Bezug auf Cautionspflicht beide Theile gleichgestellt sind, sonach, wie bei dem Kläger, die Caution des Beklagten nur auf Kosten und Schaden nicht auf ein **judicium solvi** gerichtet ist (Entscheidungsgr. des Oberappellationsgerichts in S. Meisinger c. c. Fiedler 1832, Goldschmidt c. Braunschweig 1838; Blanck c. Adler 1848, Paulus c. Küttingen 1850).

LVIII.

Magd. Sch. aus Bommersheim, Wiederklägerin
contra
J. C. M. aus Erfurt, Wiederbeklagten.

Ein Diebstahl, der bei M. verübt wurde, gab Veranlassung, daß dieser einen Verdacht gegen die Sch. aussprach, welche auch in Untersuchung genommen wurde. Im Laufe derselben stellte

Sch. bei der Criminalbehörde eine „Widerklage" auf Schadensersatz wegen falscher Anklage an. Am 3. Mai 1852 erkannte das Appellationsgericht, die Sch. von jedem Verdachte freisprechend, in Betreff des Entschädigungsanspruches: „es wird, da M. gegen die Sch. keine Klage erhoben hat, mithin auch eine Widerklage nicht Statt findet, dieselbe mit der angestellten Widerklage dahier abgewiesen und derselben überlassen, falls sie damit auszulangen gedenken sollte, eine Entschädigungsklage gegen M. vor dessen competenter Heimathsbehörde anzustellen. Sch. remonstrirte dagegen und interponirte eventuell das Rechtsmittel der Beschwerdeführung. Das Oberappellationsgericht verwarf das Rechtsmittel (dasselbe als Appellation aufgefaßt, war durch Ablauf der Nothfrist desert) am 17. Juli 1852.

134. Einfache Beschwerden gegen Verfügungen des Unterrichters.

Einfache Beschwerden nach § 43 und 44 der Gerichtsordnung sind, wie von dem Oberappellationsgericht wiederholt erkannt worden ist, gegen Verfügungen, welche von dem vorigen Richter auf rechtliche Gründe gestützt wurden, unzulässig.

LIX.

Die Erben des Patrice Delamme aus Valenciennes, Kläger

contra

die Erben des Franz Joseph Anton Bolongaro dahier, Beklagten.

Die Kläger wollten einen im Jahr 1808 bei den Frankfurter Gerichten anhängig gemachten Prozeß reassumiren. Die damaligen Beklagten hatten aber außer der Einrede der Litispendenz auch die Einrede der Excussion als eine exceptio fori declinatoria vorgebracht und die Gerichte den beiden Einreden zufolge die

Klage abgewiesen. Da die jetzigen Kläger diese Entscheidung rechtskräftig werden ließen und durch spätere Handlungen und Erklärungen anerkannten, so wurden sie mit der Reassumtion abgewiesen und in die Kosten der drei Instanzen verurtheilt vom

Stadtgericht am 18. Febr. 1850,

Appellationsgericht (Spruchkollegium zu Bonn) am 6. Oktober 1851,

Oberappellationsgericht am 23. Sept. 1852.

135. Einrede der Vorausklage.

Heymann, der Cedent des Delamme, hat nun offenbar durch sein Verfahren die Einrede der Vorausklage als begründet anerkannt und dem Ausspruche der Frankfurter Gerichte, daß er in Folge derselben erst in Amsterdam klagen müsse, freiwillig parirt; die rechtliche Wirkung davon, daß diese Einrede begründet war, bestand aber nicht darin — wie die Kläger es darzustellen suchen, — daß nur das weitere Verfahren in dem damaligen Prozesse einstweilen bis zur Erledigung der fraglichen Einrede auszusetzen und dann wieder von Neuem aufzunehmen gewesen wäre, sondern darin, daß die Klage noch zur Zeit abgewiesen werden mußte, wie aus der Eigenschaft der Einrede der Vorausklage als einer **exceptio pluspetitionis ratione temporis** folgt und um so mehr hier eintritt, wo dieselbe, wie sie auch im Erkenntnisse des Stadtgerichts vom 12. November 1811 ausdrücklich bezeichnet wird, die Eigenschaft einer **exceptio fori declinatoria** hatte. Heymann hat also — — — die im Jahre 1808 angestellte Klage zurückgenommen und fallen lassen, wodurch eine Reassumtion derselben ausgeschlossen wird und die Vorgänger der jetzigen Kläger, sowie die Letzteren selbst, haben dies auch gegen die Beklagten durch ihre angeführten Mittheilungen und Geständnisse über jenes Verfahren des Heymann's erklärt. Wenn die Kläger hiergegen einwenden, daß die Einrede der Vorausklage doch jetzt erledigt sei, so ist dies unerheblich; denn jener Einwand könnte nur dann in Frage kommen, wenn der Prozeß von 1808 erst jetzt durch ein, die Klage in Folge der Einrede der Excussion abweisen-

des Erkenntniß beendigt werden sollte, während derselbe nach der obigen Ausführung schon seit 1820 durch die freiwillige Parition des Heymann's beendigt worden ist.

LX.

Jacob Steinhäuser III. zu Butzbach, Kläger
contra
Johann Simon Kitz und dessen Ehefrau Anna Elis., vorher verehelichten Steinhäuser, Testamentserben dahier, Beklagte.

Die Klage ist gegründet auf die Behauptungen,

1. daß die Ehefrau Kitz dem Kläger versprochen habe, demselben vom Jahr 1833 an, so lange sie lebe, fl. 500 zu schenken;

2. daß Kläger 10 Jahre als Geschäftsführer in dem Kitz'schen Geschäft thätig gewesen sei und dafür fl. 500 beanspruchen könne;

3. daß Kläger die Frau Kitz vom 3. Febr. bis 30. April 1850 in ihrer Krankheit bei Tag und bei Nacht gewartet und gepflegt habe und dafür fl. 3 per Tag fordern könne.

Das Stadtgericht verurtheilte am 5. Januar 1852 die Beklagten aus dem Klaggrunde sub 2, sie könnten denn beweisen, daß Kläger für seine Dienstleistung in der Kitz'schen Bäckerei baaren Lohn empfangen habe, verurtheilte ferner aus 3. die Beklagten zur Zahlung von fl. 1. 30 kr. und ließ dem Kläger den Beweis des Klaggrundes sub 1 und in Betreff des Postens sub 3 den Beweis nach, daß Kläger hierfür mehr als fl. 1. 30 bis zu fl. 3 beanspruchen könne.

Auf Appellation der Beklagten wies das Appellationsgericht am 5. März 1852 den Kläger aus dem Klaggrund sub 2 ab und ließ demselben noch den Beweis des Klaggrundes sub 3 nach.

Auf Oberappellation des Klägers legte das Oberappellationsgericht am 5. Oct. 1852 dem Kläger den Beweis aller drei Klaggründe, sowie den weiteren Beweis noch auf, daß für pos. 2. fl. 500 oder wieviel weniger, und für pos. 3. fl. 3 oder wie viel weniger per Tag der angemessene Lohn sei. Den Beklagten wird ferner noch der Beweis ihrer Einrede, wie bereits vom Stadtgericht geschehen, vorbehalten. Compensation der Kosten beider Instanzen.

136. Die Einrede der Dunkelheit ist vom Richter ex officio zu berücksichtigen.

— — — Hiernach kann es auf sich beruhen, ob die Klage, wie Kläger in jetziger Instanz behauptet, schon um deßwillen habe aufrecht erhalten werden müssen, weil, was Beklagte jedoch in Abrede stellen, die Einrede der Dunkelheit von diesen nicht vorgeschützt sei. Wäre eine solche in der That vorhanden, so würde ihr Nichtvorhandensein für die Beklagten den Richter, welcher eine klare Einsicht in die unter das Recht zu subsumirenden Thatsachen haben muß, nicht hindern, die Klage angebrachter Maßen abzuweisen.

137. Jüngster Reichsabschied § 37.

Es fragt sich nunmehr, ob der Klaggrund sub 2 bewiesen sei. Diese Frage ist zu verneinen; denn dem § 37 des J. R. A. und dem art. 34 der prov. Pr. O., wonach ein Beklagter angeben soll, wie die der Klage zum Grunde liegenden Thatumstände sich anders verhalten, läßt sich nicht die Bedeutung beilegen, daß es nothwendig sei, bei jedem Gliede der Einlassung einen derartigen Vormerk zu machen: es genügt vielmehr, wenn nur aus der Vernehmlassung als solcher, wenn auch in der Form einer Einrede der andere Sachverhalt sich ergibt. Da nun die Beklagten sich auf die Klage speciell eingelassen, solche punktweise geläugnet und insbesondere die Geschäftsführung des Klägers in der Bäckerei der beklagtischen Erblasser, wie eine deßfallsige Forderung, namentlich eine von jährlich fl. 500 in Abrede gestellt haben, so entsprachen sie ihren prozessualischen Pflichten ausreichend, wenn sie später angegeben haben, daß Kläger für seine Thätigkeit in dem fraglichen

Geschäfte während der Dauer derselben hinlänglich belohnt und bezahlt sei, indem dadurch das angedeutet wird, was in der Duplikschrift ausdrücklich gesagt ist, Kläger sei Bäckergeselle bei den beklagtischen Erblassern gewesen und habe hierfür das Uebliche an Kost und Lohn erhalten.

138. Entsteht ein Geldanspruch aus der Wartung und Pflege eines kranken Verwandten?

In Betreff der ununterbrochenen Wartung und Verpflegung der Wittwe Kitz während der Dauer ihrer Krankheit hat das erste Erkenntniß — — zur Strafe des Ungehorsams der Beklagten deren Geständniß angenommen, weil diese, welche nicht in Abrede nehmen könnten, daß der Kläger um die beklagtische Erblasserin in ihrer letzten Krankheit gewesen sei, sich über dessen Pflege, wie deren Dauer nicht ausgesprochen hätten. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Bei Beurtheilung der Sachlage ist zunächst zu berücksichtigen, daß der Kläger nach Angabe der Beklagten sich zu deren Erblasserin ohne besondere Aufforderung begeben haben soll, sowie, daß der Kläger ein Sohn des ersten Ehemannes der beklagtischen Erblasserin ist, welcher früher mit einer Schwestertochter derselben verehelicht war und lange Jahre in dem Hause derselben gelebt hat. Wenn nun bei diesen nahen Beziehungen des Klägers zu der verstorbenen Kitz von Jenem Dieser Hülfe in ihrer Krankheit geleistet worden sein sollte, so würde man, selbst dann, wenn diese Dienstleistungen den behaupteten Umfang gehabt hätten, da der Kläger aus der Krankenwartung kein Geschäft macht, Bedenken tragen müssen, einen Geldanspruch deßfalls gegen die Erben zuzulassen, weil sich diese Handlungen selbst bei einer ganz armen Person doch nur als Akte des Wohlwollens und der Dankbarkeit auffassen lassen und die Absicht, den Gegenstand seiner Hülfeleistung, oder dessen Erben zu obligiren, nicht angenommen werden kann. Nicht Kläger, sondern Beklagte hätten sich also über die in Rede stehende Beweisauflage zu beschweren gehabt, bei welchen als einem dem Kläger zu günstigen Urtheil es daher jedenfalls verbleiben muß. Die Beweisauflage ist jedoch auch an sich gerechtfertigt rc. rc.

LXI.

Rolffs u. Comp. zu Köln, Kläger u. Widerbeklagter

contra

J. B. Strunck dahier, Beklagten und Widerkläger.

Die Fabrikanten Rolffs u. Comp. hatten bei dem Handelsmann J. B. Strunck ein Lager ihrer Fabrikate, um gegen eine Provisionsgebühr und unter Abzug seiner Spesen den Verkauf innerhalb eines bestimmten Geschäftskreises, so wie gegen eine Provision auch das Incasso der Kaufgelder zu besorgen. Durch ein Schreiben von Rolffs u. Comp. de d. 23. Jan. 1849 beschränkten diese die Geschäfte des J. B. Strunck blos auf das Lagergeschäft, indem sie erklärten, die anderen Geschäfte in Frankfurt und dem bisherigen Rayon des J. B. Strunck durch Reisende besorgen zu lassen, und fragten bei demselben an, ob unter diesen Verhältnissen ihm ihr Lager noch angenehm sei. J. B. Strunck überging in seiner Antwort vom 14. und 24. Februar 1849 diesen letztern Punkt mit Stillschweigen. Am 2. Juni 1849 nahmen Rollfs u. Comp. ihr Lager von J. B. Strunck zurück, welches derselbe auch im November 1849 remittirte. Da er aber die Auszahlung eincassirter Gelder weigerte, so erhoben Rolffs u. Comp. Klage auf Bezahlung derselben im Betrag von fl. — nebst Zinsen. Der Beklagte beanspruchte widerklagend:

1. für Verpackungsprovision und Fuhrlohn für sämmtliche während der Dauer der Geschäftsverbindung vom März 1842 bis zur Rücksendung des Lagers besorgten Retoursendungen den Betrag von fl. —

2. Provisionsdifferenzen im Betrage von fl. —

3. $2\frac{1}{2}$ % Provision von allen innerhalb des angegebenen Geschäftsrayons von den Klägern direkt bewirkten, noch nicht notificirten Verkäufen im Betrag von mindestens fl. — In Bezug

auf diesen Posten gab Beklagter erst in der dritten Instanz einzelne Fälle an zur faktischen Begründung des Klaganspruches.

4. Zum Behufe der Feststellung des Postens sub 3 verlangte Widerkläger Vorlegung der Geschäftsbücher der Widerbeklagten.

Das Stadtgericht erkannte am 15. Januar 1851:

1. Der Beklagte ist schuldig, die eingeklagte Summe von fl. — sammt Verzugszinsen — und die Streitkosten an die Kläger zu bezahlen.

4. Die Widerklage wird verworfen.

Auf Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten des Beklagten bestätigte das Spruchkollegium zu Halle am 12. Dec. 1851 das stadtgerichtliche Erkenntniß unter Verurtheilung des Beklagten zum Kostenersatze. Auf weitere Appellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze dieses Urtheil vom Oberappellationsgericht am 9. Okt. 1852 mit der Modifikation bestätigt, daß der widerklagend zur Geltung gebrachte Posten sub 3 nicht zu verwerfen, sondern zur besondern Ausführung zu verweisen sei.

139. Stillschweigender Verzicht auf Entschädigung für die während einer Reihe von Jahren in den Abrechnungen zweier Contrahenten mit Stillschweigen übergangenen Leistungen. Auslieferungsprovision.

Der Beklagte macht compensando Anspruch auf fl. — — für Verpackung und Absendung der während seiner Geschäftsverbindung (1842 — 1849) mit den Klägern nach deren Anweisung zurückgesendeten Waarenballen. Es handelt sich dabei nicht von baaren Auslagen, sondern — auch hinsichtlich des Fuhrlohns — lediglich von Vergütung einer vom Beklagten und seinen Leuten für die Kläger gehabten Bemühung. Nun hat aber der Beklagte während der ganzen Dauer des Commissionsverhältnisses von 1842 bis zum November 1849 in der zwischen den Partheien regelmäßig gepflogenen Abrechnungen für jene Bemühungen nichts berechnet, sondern ist erst in seinem Schreiben an die Kläger vom 1. Dec. 1849, also nach Aufhebung seines Commissionsverhältnisses damit aufgetreten. Durch dieses Verhalten hat er aber deutlich zu erkennen gegeben, daß er während der Commis-

sionsverbindung für jene Bemühungen nichts berechnen wollte, vielmehr seine Vergütung dafür in den sonstigen Vortheilen der Geschäftsverbindung fand, was auch um so natürlicher ist, da er ohnehin seines Geschäftes wegen Leute und Geschirr halten mußte, ihm also keine besonderen Kosten dadurch entstanden. Selbst wenn Anfangs eine Bezahlung für jene Bemühung ausdrücklich verabredet worden wäre, würde es nach L. 26 D. de probat. (22,3) vieles für sich haben, in dem gänzlichen Stillschweigen des Beklagten bei den wiederholten Abrechnungen der Partheien in dem ganzen Zeitraum von 1842 bis 1849 einen Verzicht desselben auf seinen Anspruch zu finden. Er räumt aber selbst ein, daß eine Verabredung der Art nicht stattgefunden habe, so daß jenes Stillschweigen nur als eine Erklärung des unter den Partheien von Anfang an stattfindenden Rechtsverhältnisses aufzufassen ist.

Der Gesichtspunkt einer so genannten Auslieferungsprovision, den Beklagter in jetziger Instanz für sich geltend zu machen versucht, ist theils verspätet, theils auf den vorliegenden Fall gar nicht anwendbar, denn bei einem so umfassenden und Jahre lang fortbetriebenen Commissionsverkauf, wie er hier in Frage steht, ist die Zurücknahme einzelner, im Verhältniß zum Umfang des ganzen Geschäftes nicht bedeutender Waarenparthien, mögen sie nicht verkäuflich gewesen sein oder die Committenten aus anderem Grunde ihre Bestimmung geändert haben, eine natürliche und gewöhnliche, in der Regel unvermeidliche Folge des Geschäftsbetriebes selbst, worauf von beiden Seiten im voraus gerechnet werden mußte, und kann daher mit Zurückziehung des Auftrages zu einem einzelnen schon vorbereiteten und in der Ausführung begriffenen Commissionsgeschäft nicht verglichen werden. Mit Unrecht beruft sich daher auch der Beklagte auf das Präjudikat in S. Baranowsky c. Thomas 1838, welches sich nur auf einen Fall der letzteren Art bezieht.

Das Stadtgericht erkannte:

Was

2. die Verpackungsspesen für die im Laufe des fraglichen Geschäftsverkehres an die Kläger zurückgehenden Waaren im Betrage von fl. — — anbetrifft, so wird dieser Posten von dem

Beklagten als „Verpackungsprovision und Fuhrlohn" bezeichnet, da indessen der Beklagte — speciell angiebt, welche Spesen und Provisionen ihm von den Klägern für das fragliche Commissionsgeschäft überhaupt bewilligt gewesen seien und darunter eine Provision für das Verpacken der retourgehenden Waaren sich nicht befindet, so könnte der Beklagte mit diesem Anspruche, welcher blos deßhalb, weil er in den vorderen Abrechnungen nicht vorgebracht worden ist, noch nicht als verzichtet angesehen werden kann, nur insoweit gehört werden, als sich derselbe auf die gehabten baaren Auslagen beschränkt. In dieser Beziehung liegt aber eine genaue dedaillirte Specifikation nicht vor. Der ganze Anspruch ist deßhalb angebrachter Maßen zu verwerfen.

(Diese Gründe werden in der zweiten Instanz bestätigt).

140. Eine **reformatio in pejus** greift nicht Platz, wenn ein Klagposten im ersten Urtheil mit Stillschweigen übergangen ist und der Kläger in zweiter Instanz eine Entscheidung verlangt.

Das Stadtgericht hat diesen ꝛc. Posten auch in seinen Entscheidungsgründen ganz mit Stillschweigen übergangen, also darüber gar keine Entscheidung ertheilt. Der Beklagte hat aber in voriger Instanz sich mit darüber beschwert, daß der fragliche Anspruch nicht für liquid erkannt, eventuell nicht wenigstens zum Beweise verstellt worden sei, und das Erkenntniß zweiter Instanz hat zwar in seinem decisiven Theil das stadtgerichtliche Erkenntniß nur bestätigt, in den Entscheidungsgründen aber ausgesprochen, daß der fragliche Posten gänzlich zu verwerfen sei. Dieser Ausspruch muß daher als die jetzt angefochtene Entscheidung angesehen werden, stellt sich auch nicht als eine **reformatio in pejus** dar, da das Stadtgericht, wie bemerkt, über den Anspruch gar nicht erkannt hatte, der Beklagte aber in zweiter Instanz eine Entscheidung darüber verlangte, diese daher die Stelle des ersten Erkenntnisses einnimmt.

141. Der Committent kann einseitig einen Theil der Commission zurücknehmen.

Was die Befugniß des Committenten betrifft, die im klägerischen Brief vom 23. Jan. 1849 vorgenommenen Aenderungen einseitig herbeizuführen, so kann dieselbe nach den Grundsätzen des Commissionsgeschäftes nicht in Zweifel gezogen werden. Wenn der Beklagte dagegen einwendet, der Committent könne zwar einseitig die Commission zurücknehmen, aber nicht die Bedingungen ändern, wenn er die Commission fortbestehen lasse, so paßt dies nicht auf den vorliegenden Fall, wo es sich nicht bloß von einer Aenderung der Bedingungen, sondern von der Zurücknahme eines Theiles der Commission — nämlich soweit diese den Geschäftsbetrieb des Beklagten außer dem Lagerverkauf betraf — handelt, eine Commission aber ebensogut theilweise, als ganz zurückgenommen werden kann; und der Umstand, daß für den Commissionär der eine Theil der Commission für die Annahme oder Beibehaltung des anderen Theiles bestimmend gewesen sein kann, zwar dem Commissionär Anlaß geben mag, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, an jenem Rechte des Committenten aber nichts zu ändern im Stande ist. Ein Widerspruch des Beklagten wie er in seinen Antworten vom 14. und 24. Februar enthalten ist, mußte daher ohne rechtliche Wirkung sein.

142. Illiquide Gegenforderungen können liquiden Ansprüchen gegenüber nicht compensirt werden. Cautio de eventualiter restituendo. (Vergl. Nr. 94.)

Der Anspruch ist durchaus illiquid, indem die Kläger die vorgebrachten Thatumstände verneint haben und der Beklagte dieselben erst durch die von ihm beantragte Edition der klägerischen Handlungsbücher constatiren will. Das Oberappellationsgericht ist aber auf den Grund der L. ult. § 1 C. de compens. (4, 31) stets der Ansicht gefolgt, daß eine illiquide Gegenforderung auch im ordentlichen Prozesse gegen einen liquiden Klaganspruch nicht zur Compensation gebracht werden könne, selbst wenn beide auf demselben Rechtsgeschäfte beruhen,

vergl. Fr. S. Goldschmidt c. Rymenans 1840
Wiemer c. Stadtkämmerei 1845.

Der Antrag des Beklagten auf eine cautio de eventualiter restituendo konnte keine Berücksichtigung finden, da eine solche Sicherstellung nichts anderes sein würde, als eine cautio judicatum solvi, diese aber wegen einer anzustellenden Widerklage nicht gefordert werden kann.

Fr. S. Braunschweig c. Goldschmidt 1838, Blank c. Adler 1848.

143. Folgen der Annahme von Abrechnungen. Unter welchen Bedingungen sind die Geschäftsbücher gemeinschaftliche Urkunden?

Der Beklagte hat reconveniendo Vorlegung der Geschäftsbücher der Kläger über die während des Zeitraums von 1842 bis Februar 1849 in dem Rayon des Beklagten abgeschlossenen Verkäufe verlangt, um daraus eine specielle Kenntniß aller der Verkäufe, von denen ihm eine Provision gebühre, zu entnehmen, und damit seine (pos. 3 der Geschichtserzählung erwähnte) Gegenforderung näher zu begründen. Diese Widerklage ist in beiden vorigen Instanzen verworfen worden, und die dagegen gerichtete Beschwerde des Beklagten stellt sich als unbegründet dar. Zwar ist der Grund, aus welchem die beiden vorigen Erkenntnisse die Widerklage verworfen haben, nämlich die Verwerfung der eben bezeichneten Gegenforderung, dadurch beseitigt, daß diese Gegenforderung nunmehr zur besonderen Ausführung verwiesen worden ist, indem der Beklagte die Widerklage nicht — auf die prozessualische Editionspflicht der Kläger als solcher, sondern selbstständig auf sein rechtliches Interesse an der Einsicht der klägerischen Handlungsbücher und darauf, daß dieselben gemeinschaftliche Urkunden seien, gestützt hat.

Allein es konnte ein Recht auf Edition im vorliegenden Falle nicht für begründet erachtet werden. Dies würde wegen des — Grundsatzes, daß der Beklagte nachdem er seit einer Reihe von Jahren die Provisionsrechnungen der Kläger ohne Erinnerung angenommen hat, nicht noch eine weitere Justifikation der Kläger verlangen, sondern nur eine Nachforderung auf speciell bewiesene Unrichtigkeiten der Rechnung stützen können,

F. S. Wörndel c. Halbach 1841

angenommen werden müssen, da eine ganz allgemeine Klage auf Edition der Handlungsbücher mit der Behauptung, daß die abgelegten Rechnungen unrichtig seien, dem Verlangen einer vom Gegner zu beschaffenden Rechnungs-Justifikation ganz gleich stehen und die Zulassung einer solchen den obigen Grundsatz umstoßen würde. Wollte man aber auch an der Anwendbarkeit dieses Grundsatzes noch zweifeln, so kann doch auch nicht angenommen werden, daß die Handlungsbücher der Kläger gemeinschaftliche Urkunden der Partheien seien, und ebensowenig, daß ein, die Editionspflicht sonst begründendes rechtliches Interesse vorliege. Denn soviel

a. das letztere betrifft, so ist der Umstand, daß die Vorlegung einer Urkunde für Jemanden ein rechtliches Interesse hat, ihm z. B. zur Führung eines Beweises nützlich sein würde, für sich allein nicht hinreichend, um einen Editionsantrag zu begründen.

L. 3 § 11. L. 19 D. ad exhib. (10, 4)

Fr. S. Rothschild c. Hausmann 1841.

b. Es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß eine Urkunde nicht bloß im Fall wirklichen Miteigenthums, sondern auch dann als eine gemeinschaftliche anzusehen ist und der Editionspflicht unterliegt, wenn der Antragsteller eine Person ist, zu deren Gebrauch sie verfertigt wurde, oder deren Rechtsverhältnisse dadurch regulirt werden sollen.

Fr. S. Rieger c. Stünzi 1836.

Rothschild c. Hausmann 1841.

Wenn nun die Kläger sich vertragsmäßig verpflichtet hatten, dem Beklagten von Verkäufen, die nicht durch ihn abgeschlossen wurden, also auch nicht nothwendig zu seiner Kenntniß kamen, eine Provision zu gewähren, so berührten die von den Klägern über solche Geschäfte in ihren Büchern gemachten Aufzeichnungen allerdings auch das Rechtsverhältniß des Beklagten zu ihnen mit. Es kann jedoch ohne eine specielle deßhalb getroffene Verabredung nicht vorausgesetzt werden, daß die Kläger ihre Bücher zugleich in seinem Interesse und zum Zwecke der Feststellung seiner Provisionsansprüche geführt hätten, indem im Zweifel angenommen werden muß, daß die Geschäftsbücher der Kläger nur dazu bestimmt waren, für sie selbst und für das Rechtsverhältniß zu ihren Kunden als

urkundlicher Nachweis zu dienen. Es fehlt daher an der nothwendigen Voraussetzung, daß die Beziehung des Inhalts der Urkunde auf die Rechtsverhältnisse des Antragsstellers eine bei ihrer Anfertigung beabsichtigte sein muß.

LXII.

Der Verwaltungsrath der Taunus-Eisenbahn-Gesellschaft dahier, Kläger
contra
die Erben des Freiherrn Johann Justinian Georg von Holzhausen dahier, Beklagte.

Das Enteignungsgesetz vom 22. Juni 1847 hebt das frühere Gesetz vom 10. Januar 1837 auf und bestimmt im § 47, daß das neue Gesetz auf bereits anhängige Rechtssachen dann anzuwenden ist, wenn in diesen zur Zeit der Verkündigung des gegenwärtigen Gesetzes ein Entäußerungserkenntniß erster Instanz noch nicht ergangen ist.

Gegen einen Bescheid des Stadtgerichts vom 24. Sept. 1851, beziehendlich gegen die Bescheide desselben Gerichts vom 13. Okt. und 27. Okt. 1851 wandten beide Partheien Appellation ein und es fragte sich hier, ob beim Erlaß des neuen Gesetzes bereits ein Entäußerungserkenntniß ergangen war, in welchem Falle ein Rechtsmittel in dem abgekürzten Verfahren 2c. nicht zulässig ist.

Auf Antrag von Aktenversendung von Seiten der Beklagten verwarf das Spruchcollegium zu Leipzig am 14. Mai 1852 die Zulässigkeit der Appellation und auf Oberappellation der Beklagten bestätigte das Oberappellationsgericht am 12. Okt. 1852 das zweitinstanzliche Urtheil unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten.

LXIII.

Franziska v. Ch. dahier, Klägerin
contra
die Constantin H. Erben, Beklagte.

Klägerin verlangte wegen Verführung und wegen einer von dem Erblasser der Beklagten selbst geschehenen, die Größe der Dotation bestimmenden Schenkung, fl. 2400.

Das Stadtgericht erkannte am 19. Nov. 1851:

II. Klägerin hat — zu beweisen, „daß und wann sie von Constantin H. zum Beischlaf verführt worden sei."

III. Den Beklagten bleibt — der Beweis der Einrede, „daß die Verführung der Klägerin durch H. vor länger als 30 Jahren vor Anstellung der Klage stattgefunden hat," vorbehalten.

IV. Erbringt Klägerin den ihr auferlegten Beweis und erbringen die Beklagten den ihnen nachgelassenen Beweis nicht, so sind Beklagte schuldig, fl. 50 — **pro defloratione** zu zahlen.

V. Klägerin wird mit dem, auf den Grund einer ihr von Const. H. gemachten Schenkung erhobenen Anspruch ab- und zur Ruhe gewiesen.

VI. Klägerin ist schuldig den Beklagten $^9/_{10}$ der in dem bisherigen Verfahren entstandenen Kosten zu ersetzen.

VII. Wegen der anderweiten $^1/_{10}$ dieser Kosten bleibt Verfügung vorbehalten.

Auf Appellation der Klägerin erkannte in Bezug auf den hier mitgetheilten Inhalt des stadtgerichtlichen Erkenntnisses das Appellationsgericht am 13. Febr. 1852 und das Oberappellationsgericht am 16. Okt. 1852 bestätigend. Das letztere Gericht hob jedoch **pos. VI u. VII** des Urtheils erster Instanz auf und behielt die Beurtheilung dieser Kosten dem Enderkenntniß

vor. Die Kosten dritter Instanz wurden zu einem Sechstheil compensirt, in den übrigen Theil aber Klägerin verurtheilt.

144. Vermuthung für eine Verführung.

Die Klägerin verlangt —, daß ihr Anspruch nicht von dem Beweise der Verführung zum Beischlaf, sondern von dem des geschlechtlichen Umganges mit dem Erblasser der Beklagten abhängig gemacht, jedenfalls aber, daß die Zeit der Verführung, wie die der Vollziehung des Beischlafs aus dem Beweisinterlocute beseitigt werde. Letzteres offenbar ohne Grund, weil es der Beweisführung an der erforderlichen Bestimmtheit mangeln und die Beklagten in ihrem Rechte auf Gegenbeweisführung würden beinträchtigt werden. Allein auch der ersten Beschwerde war nicht zu entsprechen, — nicht um deßwillen, weil in der Klagschrift die Verführung als faktisches Fundament steht; denn ginge die Behauptung der Klägerin auf mehr, als sie zu beweisen pflichtig ist, so hätte der Richter des Mindere zu substituiren, da jene Behauptung sich nicht als freiwillige Beweisübernahme des Mehr auffassen läßt; — sondern aus dem Grunde, weil die zum Beweise verstellte Verführung dem in **cap. 1. X. de adulteriis**, worauf die Klagschrift basirt ist, gebrauchten Ausdruck **„seduxerit"** entsprechend ist. Nun vermeint zwar die Klägerin, wenn der Beischlaf mit einer Unverheiratheten vollzogen werde, so streite die Vermuthung für die Verführung von Seiten des Mannes, es könne daher nur jene Thatsache zum Beweise verstellt und höchstens den Gegnern der Beweis, daß das Weib der verführende Theil gewesen sei, nachgelassen werden, wenn sie solche, wie hier nicht geschehen, behauptet hätten. Allein die thatsächliche Vermuthung, welche je nach der Individualität des Falles von größerer oder geringerer Bedeutung sein wird, ist nicht geeignet, das dem Gesetz entsprechende Beweisthema zu modificiren, es muß vielmehr nach geführtem Beweise dem endlich erkennenden Richter überlassen werden, zu beurtheilen, wie weit jene Vermuthung, wenn deren faktische Voraussetzung in Gewißheit gesetzt ist, zu berücksichtigen sei.

145. Beſtimmung der Satisfaktionsſumme pro defloratione (cf. Nr. 63)

Die Frage, ob nach cap. 1. X. de adult. das Abfindungsquantum ein vollſtändiges Surrogat der verweigerten Ehe ſein müßte, kann auf ſich beruhen, da die Praxis nicht ohne Einfluß deutſch-rechtlicher Anſicht daſſelbe durchgängig auf eine geringere Summe feſtzuſtellen pflegt, deren Quantum durch Richterermeſſen, vornämlich unter Berückſichtigung der Vermögens- und Standesverhältniſſe der Geſchwächten beſtimmt wird. Die Klägerin — — gehört nun zu den niederen Ständen. Es muß demnach bedenklich erſcheinen von der Auffaſſung, von welcher die lokalen Gerichte unter ausdrücklicher Berufung auf die dortige Praxis bei Ausmeſſung des Abfindungsquantums ausgegangen ſind, abzuweichen.

Das Stadtgericht erkannte:

Daß die der Klägerin, falls dieſelbe von Conſt. H. verführt worden und ihr deßfalliges Klagrecht noch nicht verjährt ſein ſollte — — zuzuerkennende Deflorationsgebühr nach Maßgabe der deßfallſigen Praxis des Gerichtes zu beſtimmen iſt.

Das Appellationsgericht erkannte:

Der Appellantin kann im Fall, daß der ihr auferlegte Beweis gelingen ſollte, die Beſtimmung einer Summe von fl. 50 — pro defloratione nicht zur Beſchwerde gereichen, da dann weiter nichts als eine außereheliche Schwängerung vorliegen würde.

146. Nicht die Abſicht, ſondern die Ausführung einer Schenkung kann Gegenſtand einer Beweisauflage ſein.

Das Schenkungsverſprechen des H. de fl. 2400 anbelangend —, ſo beurkundet die in der Klagſchrift angeblich gegen G. gemachte Aeußerung des H. (er wolle gedachte Summe der Klägerin geben, dieſelbe ſolle ſie von ihm haben, er wolle ſie derſelben ſchenken) zumal da ſie einem Dritten und nicht der Klägerin gegenüber gemacht ſein ſollen, nur die Abſicht des H., die Klägerin mit einer Schenkung zu bedenken, nicht aber deren Ausführung, welche allein Gegenſtand einer Beweisauflage ſein könnte.

Das Stadtgericht erkannte:

5. daß Klägerin keine ſolche concludente Thatſachen behauptet

hat, aus welchen eine Schenkung zu entnehmen wäre, indem aus den von Const. H. gegen dritte Personen etwa gemachten Aeußerungen, daß er der Klägerin fl. 2400 zu schenken beabsichtige, überall nicht gefolgert werden kann, daß H. mittelst diesen Aeußerungen eine Verbindlichkeit gegen die Klägerin hat übernehmen wollen.

147. Wann kann eine endliche Verurtheilung der Prozeßkosten im Falle eines Beweisinterlocuts eintreten?
(Vergl. Nr. 23)

Anlangend die Beschwerde über die Verurtheilung in $^9/_{10}$ des Kostenbetrages erster Instanz, so erscheint dieselbe vom Standpunkte des gemeinen Rechts als begründet, da man von der Ansicht auszugehen hat, daß am Ende des ersten Verfahrens im Falle eines Beweiserkenntnisses nur dann eine endliche Verurtheilung in Betreff der Prozeßkosten eintreten darf, wenn die Partheischriften im ersten Verfahren unnütze oder definitiv beseitigte Ausführungen enthalten, was in dem vorliegenden Fall nicht zutrifft. Die Klägerin hatte nämlich die sämmtlichen Momente, welche für die Erreichung ihres Zweckes, die möglichste Größe des Abfindungsquantums zu erzielen, erforderlich erschienen, anzugeben, und man darf sie nicht zu scharf beurtheilen, wenn sie einer so zweifelhaften Rechtsmaterie ein Uebriges gethan haben sollte. Ob nun aber das Abfindungsquantum endlich zu fl. 2400 oder zu fl. 50 festgesetzt wird, ist lediglich Sache des richterlichen Ermessens und verursacht weder größere, noch geringere Kosten. Auch kann nach Ref. I. 17 § 12 eine Verurtheilung in die Kosten nur dann eintreten, wenn die Einrede der Zuvielforderung vorgeschützt und demnach auf Entbindung des Beklagten von der ganzen Klage erkannt ist, nicht aber, wenn Kläger nur theilweise abgewiesen und wegen des übrigen Betrages auf Beweis erkannt wird oder bei an sich unbestimmten, namentlich Entschädigungsforderungen.

Fr. S. Büttmann c. Bauer 1848.

Das Appellationsgericht erkannte:

Es erscheint auch die Verurtheilung der Klägerin in $^9/_{10}$ der Kosten dieses Rechtsstreites in erster Instanz gerechtfertigt, da ihre auf fl. 2400 gemachten Ansprüche auf fl. 50 herabgesetzt worden sind.

LXIV.

Carl Almsen dahier, Kläger und Widerbeklagter

contra

die Matthäus Kaiser'sche Debitmasse, Beklagte und Widerklägerin.

Der im hiesigen Bürgerverband stehende Carl Almsen hatte seinen Namen dem dahier nicht verbürgerten Matthäus Kaiser zum Betrieb eines Waarengeschäftes unter der Firma „Carl Almsen" geliehen. Als Kaiser in Concurs gerieth, machte Almsen gegen die Masse eine Reihe von Forderungen geltend, eine Societät behauptend; zugleich beanspruchte Kläger das Retentionsrecht des Waarenlagers und stützte sich auf den Besitz der Schlüssel zu dem Lokale. Die Kaiser'sche Debitmasse verlangte widerklagend die Herausgabe der Schlüssel.

Das Stadtgericht erkannte am 5. Dec. 1851 auf Beweis einer Societät zwischen Almsen und Kaiser, — auf Beweis, daß die liquidirten Forderungen von Kaiser unter dem Namen Almsen contrahirt worden seien, während die Beklagte zwar zum Beweise der **exceptio Pauliana** zugelassen, aber mit ihrer Widerklage abgewiesen wurde.

Auf beiderseitige Appellationen erkannte das Appellationsgericht am 16. Febr. 1852:

Der Kläger ist mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und in der Widerklage schuldig, den in seinem Besitze befindlichen Schlüssel zu dem Aufbewahrungslokale der Kaiser'schen Waaren an die Masse des letzteren auszuliefern.

Die Kosten werden in Bezug auf die Beschwerdeführung der Beklagten verglichen, in Bezug auf die Beschwerdeführung des Klägers und die Kosten der 1. Instanz dem letzteren zur Last gegeben.

Auf Oberappellation des Klägers bestätigte das Oberappellationsgericht am 28. Okt. 1852 das appellationsgerichtliche Erkenntniß unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten der Instanz.

148. Gesellschaftsvertrag zwischen hier verbürgerten und nicht verbürgerten Personen.

Da einerseits die Rathsverordnung vom 5. Juni 1708

vergl. Beyerbach Sammlung 2c. Th. 4 p. 651 Flg.

nicht etwa bloß, wie Appellant zu meinen scheint, das Herleihen des bürgerlichen Namens an Fremde zum Behufe eines Geschäftsbetriebs, sondern letzteren selbst den Fremden nach § 1 und 12 ganz unbedingt bei Strafe verbietet, und nur im § 9 die Verdeckung einer solchen unerlaubten Geschäftsführung auf obigem Wege noch besonders untersagt und mit Strafe bedroht, da andererseits der zwischen Klägern und dem Cridar Kaiser geschlossene Vertrag vom 16. Jan. 1848 nach dessen Fassung, wie nach den eigenen Angaben des Klägers nur zum Schein geschlossen und wesentlich darauf berechnet war, dem in Frankfurt nicht verbürgerten Kaiser den ihm deßhalb außerhalb der Messen verbotenen Betrieb eines Waarengeschäftes gegen eine Zahlung von fl. 400 jährlich möglich zu machen und demselben hierzu Beihülfe, namentlich dadurch zu verschaffen, daß, auf Klägers Namen und als dessen anscheinender Prokurist zu handeln, Kaiser ermächtigt wurde, so ist es klar, daß das ganze Abkommen, weil auf Begehung und Beförderung einer unter Strafe verbotenen Handlung, sonach eines Delikts, beiderseits gerichtet, als ein pactum rei illicitae et turpis zu behandeln sei. Nun aber ist das Princip, von welchem die Sententia a qua ausgeht, daß ein, gesetzlichem Strafverbote widerstreitendes Geschäft oder Abkommen auch immer und ohne Weiteres für null und nichtig zu erachten sei, nicht blos als durchaus richtig und in den Gesetzen begründet anzuerkennen, sondern es kann auch diese Nichtigkeit keineswegs dahin beschränkt werden, daß etwa bloß auf Realisirung des Geschäfts im Ganzen, oder auf Erfüllung der direkt dem Einen von dem Anderen zugesagten Leistungen ein Klaganspruch nicht gegeben werde, vielmehr hat diese Nichtigkeit

die Folge, daß alle in Anlaß jenes verbotenen Geschäfts zwischen den Betheiligten erwachsenen Beziehungen, weil auf gesetzwidrigem Grunde beruhend und dem eigentlichen Verbot connex, jeder rechtlichen Wirkung entbehren, und zu Gunsten des einen Theils so wenig, als des anderen sich richterlichen Schutzes und Anerkenntnisses zu erfreuen haben sollen. Klar und unumwunden ist dies zwar in den Gesetzen nur in Betreff des **mandatum rei turpis** ausgesprochen, indem nach

L. 6. § 3 u. L. 22. § 6. Dig. mandati (17, 1.)

aus solchem weder die **directa**, noch die **contraria mandati actio** gegeben werden soll, und im

§ 7. Inst. de mandato (3, 26)

noch ausdrücklich erklärt ist, daß auch wegen des aus Vollziehung eines solchen Mandats erwachsenen Schadens kein klagbarer Ersatzanspruch erwachse. Es liegt aber weder in der Natur der Sache, noch in Fassung obiger Gesetze irgend ein Grund vor, diese Bestimmungen als ein dem **mandatum rei turpis** singuläres Recht zu behandeln, vielmehr wird man hierin einen allgemeinen Grundsatz um so mehr ausgesprochen finden dürfen, als bezüglich einer Societät zu gesetzwidrigen Zwecken in der

L. 57. Dig. pro socio (17, 2.)

gleichfalls das Princip völliger Nullität anerkannt ist, und in der

L. 35 § 2. Dig. de contrah. emt. (18, 1.)

das Bedenken angeregt und nicht schlechthin verworfen wird, ob nicht nach Maßgabe dessen, was vom **mandatum** und bei der **societas rei illicitae** gelte, auch der Kauf einer bloß zu gesetzwidrigen Zwecken dienlichen Sache als wirkungslos zu behandeln sei.

Nun will Kläger, soviel zunächst

I. die Vorklage anbelangt, bezüglich der beiden, in jetziger Instanz noch weiter verfolgten Liquidationspunkte einestheils immer noch darauf sich stützen — — —. Mithin führt Kläger selbst direkt und indirekt die Zahlungen und Verbindlichkeiten, welche er für Kaiser's Rechnung geleistet, **resp.** übernommen haben will, und jetzt ersetzt, **resp.** gedeckt verlangt, auf jenen, durch ein **pactum turpe** ermöglichten, gesetzwidrigen Geschäftsbetrieb zurück, und muß die von ihm erhobenen Ansprüche als aus

jener gemeinschaftlich begangenen Gesetzwidrigkeit resultirend, als damit zusammenhängend und als solche anerkennen, zu denen er ohne das von ihm mit Kaiser getroffene nichtige Abkommen weder veranlaßt wäre, noch sich berechtigt halten würde. Es ist daher bei Zugrundlegung der oben entwickelten Principien gar keinem Zweifel unterworfen, daß Klägern für diese vermeintlichen Ansprüche, vollends den Creditoren Kaiser's gegenüber, der rechtliche Schutz versagt werden müsse, und das Appellationsgericht hat ihn mit seinen sämmtlichen Liquidationen nicht blos mit Fug und Recht, sondern auch aus vollkommen zutreffendem Grunde abgewiesen, wenn es diese Verwerfung der klägerischen Ansprüche auf die Gesetzwidrigkeit und folgeweise Nichtigkeit des Vertrages vom 16. Januar 1848 stützte. Dabei ist es denn auch

1. keineswegs, wie Kläger vermeint, von irgend welcher Erheblichkeit, daß die Beklagte nur wider die jetzt aufgegebene Honorarforderung des Klägers, nicht aber gegen die noch in Frage stehenden Liquidations-Posten sich excipiendo auf das Verbot der Verordnung von 1708 berufen hatte, weil es schon nach allgemeinen Rechtsprincipien unzweifelhaft und für einen Fall der vorliegenden Art sogar ausdrücklich in

L. 27 pr. Dig. de V. O. (45, 1)

anerkannt ist, daß der Richter ex officio zu prüfen habe, ob die angestellte Klage nach den Gesetzen statthaft sei, auch die hier wegen Nichtigkeit vom Appellationsgerichte erkannte Abweisung des Klägers weder über die Anträge der Beklagten hinausging, noch auf andere, als die vom Kläger selbst vorgebrachten faktischen Momente gestützt worden ist. Eben so wenig kann

2. der im jetzigen Libell vom Kläger gemachte Versuch Beistimmung finden, die Zulässigkeit seiner Liquidationen damit zu salviren, theils daß sein Anspruch auf Zahlung, resp. Deckung schon ex re, wie er sich ausdrückt, und in den Grundsätzen über unrechtmäßige Bereicherung mit fremdem Schaden, also auch abgesehen von jenem Abkommen mit Kaiser begründet sei, theils daß durch die Ungültigkeit des letzteren doch nicht die Auseinandersetzung unter den Contrahenten gehindert werden könne, vielmehr solche, wie im Falle einer wirklichen, aber verbotenen Societät

ganz klar sei, gerade um jener Richtigkeit willen nothwendig werde. Denn die **utilis de in rem verso actio**, an welche zweifelsohne bei ersterer Bemerkung gedacht ist, muß auf den in

L. 7 § 1. Cod. quod cum eo, qui in al. potest. (4, 26.)

speciell gedachten, hier gar nicht zutreffenden Fall beschränkt werden, daß Jemand als Geschäftsführer eines Dritten oder doch für dessen Rechnung in eigenem Namen mit einem Anderen contrahirte, und das von Letzterem auf Grund dieses Contrakts Geleistete in das Vermögen jenes Dritten gekommen ist. Von Auseinandersetzung aber einer zwischen Klägern und Kaiser bestandenen Vermögens-Gemeinschaft handelt es sich vorliegenden Falls vollends nicht, sondern, da eine Societät zwischen Beiden in Betreff des Waarengeschäfts weder bestanden hat, noch bestehen sollte und konnte, lediglich um Ansprüche, welche Kläger für seine Person gegen Kaiser und an dessen Vermögen erheben zu können glaubt, und bedarf es daher kaum der Bemerkung, daß jene Auseinandersetzung immer erst nach Regulirung der Schuldverhältnisse Kaiser's, und wenn sich dann noch ein gemeinschaftliches Vermögen ergeben sollte, eintreten, auch nur mittelst der **actio commun. dividundo**

vrgl. **L. 3 pr. Dig. de colleg. et corpor.** (47, 22.)

bewirkt werden könnte.

Wenn nun diesem Allen nach die erkannte Abweisung der in **conventione** verhandelten Liquidationen in jedem Maße gerechtfertigt erscheint, so ergibt sich

II. daraus die gleichzeitig erfolgte Aberkennung des vom Kläger an dem Kaiser'schen Waarenlager angesprochenen Retentionsrechts, weil dessen erstes und wesentlichstes Erforderniß, das Dasein einer rechtsbeständigen Forderung, fehlt, so sehr von selbst, und erscheint die in Folge dessen **reconveniendo** erfolgte Verurtheilung des Klägers zur Herausgabe des zeither noch als Zeichen und zu Wahrung seines Besitzes in dessen Händen verbliebenen Schlüssels zu dem Aufbewahrungs-Lokale jener Waaren dergestalt gerechtfertigt, daß es, von diesem Gesichtspunkte aus, eines weiteren Eingehens auf die auch in solchem Betrachte wider die **Sententia a qua** erhobene Beschwerdeführung überall nicht bedurfte.

Nach einzelnen Aeußerungen in den klägerischen Schriften erster Instanz könnte es aber den Anschein gewinnen, als ob Kläger einen Besitz des fraglichen Waarenlagers auch unabhängig von dem zu Deckung der liquidirten Forderungen angesprochenen Retentions- und Unterpfands-Rechte behaupten wolle, und für diesen Besitz Anerkenntniß und Schutz des Richters verlange, wo dann die Verurtheilung zur Herausgabe des Schlüssels, über welche er sich beschwert, mit dem dafür in der Sententia a qua allein geltend gemachten Grunde der Verwerflichkeit seiner Liquidationen und des mangelnden Retentionsrechts noch nicht gerechtfertigt wäre. Da indessen, daß die Waaren bis zu Kaiser's Entweichung noch unter der Firma Almsen gelagert hätten, ganz offenbar unerheblich ist, weil nach Klägers eigenen Angaben dieselben von Kaiser allein als Inhaber des Geschäfts bestellt, also auch empfangen und in dessen, nicht Almsen's Besitz gekommen sind, und da, worauf sich Kläger außerdem noch zu Begründung seines Besitzes berufen hat, die am 27. August angeblich durch Ueberlieferung der Budenschlüssel erfolgte ausdrückliche Uebertragung des Besitzes jener Waaren nur zu dem Zwecke, um Klägern wegen der jetzt liquidirten Forderungen zu decken, geschehen sein soll, mithin bei völliger Ungültigkeit der letzteren als sine causa geschehen gelten müßte, und sonach der Curator unzweifelhaft Waaren wie Schlüssel condiciren könnte, so wäre, selbst unabhängig von der Seitens des Stadtgerichts zum Beweis verstellten, hier nicht weiter zu prüfenden exceptio Pauliana, der Anspruch Klägers auf einen Besitz des Waarenlagers, wenn wirklich als selbstständiges Recht geltend gemacht, für völlig grundlos zu erachten; und konnte es unter solchen Umständen, zumal auch jedes auf Schutz im Besitze speciell gerichtete Petitum und Gravamen fehlt, kein Bedenken haben, es bei der Verurtheilung zur Rückgabe des Schlüssels lediglich zu belassen.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus:

3. daß durch das Gesetz vom 5. Juni 1708 das Herleihen des bürgerlichen Namens zwar verboten, eine deßfallsige Vereinbarung aber mit der Strafe der Nichtigkeit nicht bedroht wird.

Das Appellationsgericht erkannte:

Die Beschwerde der Beklagten muß begründet erachtet werden; denn, wenngleich das frühere röm. Recht je nach dem zur Verhütung der verbotenen Handlung angewandten Mittel zwischen leges perfectas, minus quam perfectas und imperfectas unterscheidet, so ist doch seit der L. 5. C. de legibus (1, 14) jedes verbietende Gesetz als eine lex perfecta anzusehen, indem hier bestimmt ist, daß aus jedem gesetzlichen Verbote die Nichtigkeit der verbotenen Handlung von selbst folge, ohne Unterschied, ob diese Folge im Gesetz ausgedrückt sei oder nicht, womit denn auch das can. Recht übereinstimmt.

c. 64. de reg. jur. in VIto

„quae contra jus fiunt, debent utique pro infectis haberi."

Auf dieser von den Schriftstellern recipirten Ansicht

Weber Systemat. Entwickelung § 74

v. Savigny System B. 4 p. 549 folg.

ruhen die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in S.

Chirons Sarasin und Comp. c. Fuld 1833

Achbarry c. Beer 1844.

Der Anwendung dieser auch sonst in der Rechtsprechung anerkannten Ansicht (Seuffert Archiv I. Nr. 196, Rechtssprüche der Fakultät Rostock 1846 p. 46) auf den vorliegenden Fall steht auch nicht der Umstand entgegen, daß das hier in Frage stehende Prohibitiv-Gesetz Strafe androht, ohne sich über die Nichtigkeit auszusprechen, da mit einer Strafe die Nichtigkeit an sich wohl vereinbar ist. (v. Savigny a. a. O. p. 552). „Wollte man das Gegentheil statuiren," (heißt es in den oben angezogenen Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichts vom Jahr 1833) so würde dies zu dem widersinnigen Resultate führen, daß man sich durch Erlegung der Strafe gewissermaßen das Recht erkaufen könne, ordnungswidrig zu handeln".

LXV.

Amalia Böhm Wwe. und Prediger Poßwick zu Oedenburg als Vormünder der minderjährigen Kinder des Alexander Böhm, Kläger

contra

die Curatoren des J. Ludw. Lemme dahier, Beklagte.

(cf. Nr. XI, XII & XIII)

Es handelt sich um eine Schuldurkunde, in der Lemme und drei andere Offiziere bekennen „als solidarische Schuldner" den Betrag von fl. 4000 C. M. empfangen zu haben, sich auch „in solidum unbedingt verpflichten," das Kapital zurückzuzahlen. Dem Cessionar Alexander Böhm gegenüber erkannte Lemme die Schuld für richtig an.

Das Stadtgericht erkannte am 25. April 1851:

II. — — beklagter Theil hat — sich zur eidlichen Abläugnung der Unterschrift des Ludwig Lemme auf [2] und [3] act. zu erbieten;

III. im Fall dieses Erbietens soll dem klagenden Theil Termin zur Führung des Beweises der Aechtheit der gedachten Unterschrift anberaumt werden;

IV. unterbleibt das Erbieten, so ist beklagter Theil schuldig, den eingeklagten Betrag von fl. 4000 in Silberzwanzigern nebst Zinsen zu 4% vom 15. April 1848 an die Kläger zu bezahlen und denselben die entstandenen Prozeßkosten zu ersetzen.

Auf Appellation der Beklagten erkannte das Appellationsgericht am 29. August. 1851, pos. IV abändernd,

daß Beklagte — schuldig seien, 1/4 der verschriebenen Schuld mithin fl. 1000 — mit Zinsen zu 4% vom 15. April 1848 und 5% vom 1. Nov. 1850 als dem Tage der mitgetheilten Klage zu bezahlen, sie könnten denn beweisen,

a. daß nur fl. 2800 C. M. bezahlt worden, oder

b. daß die Schuld ganz oder zu welchem Theile von den Mitschuldnern bereits bezahlt sei, oder

c. daß nach österreich. Gesetzen Lemme am 23. Nov. 1847 wegen noch nicht erreichtem 24. Lebensjahre nicht befugt gewesen, sich rechtlich zu verbinden, wobei

dem Kläger — der Beweis seiner Repliken vorbehalten sei,

a. daß nach österr. Rechten der Schuldner bei Anerkennung seiner Schuld gegen den Cessionar aller Einwendungen gegen die Forderung verlustig sei,

b. daß durch die in den Urkunden vorkommenden Ausdrücke, „in solidum unbedingt verpflichten" oder „solidarische Schuldner" dem § 891 des österr. Gesetzbuches genügt sei.

Auf Oberappellation der Beklagten und Adhäsion der Kläger wird vom Oberappellationsgericht am 28. Okt. 1852 pos IV. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses wieder hergestellt und hier nur den Beklagten noch der Beweis vorbehalten, daß die Schuld ganz oder zu welchem Theil von den Mitschuldnern bereits bezahlt sei. Die Beklagten werden in 5/6 der Kosten der Instanz verurtheilt, 1/6 der letztern werden compensirt.

149. Allgemeines substitutorium. Wesentlich ist in einer Vollmacht die Genehmigung der bisherigen Verhandlungen.

Wenn auch der Text der von Dr. Schmidt-Holzmann überreichten Substitutions-Vollmacht des Dr. Egger zu Wien so gefaßt ist, als ob sie auf Vertretung des Dr. Egger in dessen eigenen Rechtsangelegenheiten gerichtet wäre und eine specielle Beziehung auf die gegenwärtige Prozeßsache sich nicht darin findet, so ist doch durch die Ueberschrift „Substitutions-Vollmacht" ausreichend zu erkennen gegeben, daß sie für Rechtssachen bestimmt ist, welche Dr. Egger als Anwalt zu besorgen hat und es liegt kein Grund vor, ein ganz allgemeines substitutorium für alle von einem Anwalt für dieselbe Parthei besorgten Rechtssachen für weniger zulässig zu erklären, als eine unmittelbare General-Vollmacht. Dagegen fehlt in dem beigebrachten Dokument die nicht zu entbehrende Genehmigung der bisherigen Verhandlungen.

150. Gerichtliches Zeugniß.

Wenn die Beklagten erinnert haben, es fehle der Nachweis, daß die Böhm'schen Kinder, für welche die Wittwe Böhm und der Prediger Poßwick klagend aufgetreten sind, die alleinigen Erben ihres Vaters geworden seien, so kann es dahin gestellt bleiben, ob in dieser Beziehung die Kläger von der Beweislast betroffen werden würden; denn der vermißte Nachweis muß als bereits geliefert angesehen werden. Das Bezirksgericht zu Oedenburg hat unter der Vollmacht der Stadtgerichtsakten bezeugt, daß nach dem Tode des Alexander Böhm dessen Wittwe als natürliche Vormünderin ihrer demselben geborenen Kinder Wilhelm, Emma und Albertine und der durch denselben erheiratheten Stiefkinder Gustav, Rosalie und Johanna zurückgeblieben sei. Dies kann nicht anders aufgefaßt werden, als daß hiermit sämmtliche Kinder Böhm's aus erster und zweiter Ehe namhaft gemacht werden sollten. Es würde ein von einem gerichtlichen Zeugniß nicht vorauszusetzender Mangel sein, wenn das Gericht sich in der angegebenen Weise ausgedrückt hätte und die von ihm genannten Kinder doch nur einen Theil der Böhm'schen Descendenz bildeten. Eine solche Annahme erscheint um so unstatthafter, da jenes bezirksgerichtliche Zeugniß dazu bestimmt war, die darüber befindliche Vollmacht zu bekräftigen, die Aussteller dieser letztern aber sich in Text und Unterschrift ausdrücklich als Vertreter „der Alexander Böhm'schen Kinder und Erben" ohne Nennung einzelner Namen, also aller Kinder und Erben bezeichnen, das Gericht daher gar keinen Zweifel darüber haben konnte, daß seine ohne Einschränkung beigefügte Bestätigung in gleichem Sinne verstanden werden müsse.

151. Verzicht auf eigenes Recht durch Handeln im Namen Dritter.

Es darf unbedenklich von allen Gesetzgebungen bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet werden, daß, abgesehen von einem etwaigen Miterbrecht der Wittwe, die Kinder ausschließlich zur Erbschaft ihres Vater **ab intestato** berufen sind. Hinsichtlich der Wittwe läßt sich bei der großen Verschiedenheit der Gesetzgebungen in diesem Punkt weder für, noch gegen ihre Concurrenz eine Ver-

muthung aufstellen. Sieht man aber auch von der Frage ab, ob die Beklagten nicht die positive Behauptung hätten aufstellen müssen, daß der Wittwe nach ungarischen Gesetzen ein Miterbrecht zustehe, so beseitigt sich doch das aus der Möglichkeit eines solchen entstehende Bedenken dadurch, daß die Wittwe hier selbst im Namen der Böhm'schen Kinder aufgetreten ist und für sie die ganze Forderung ausklagt, sie daher vermöge dieser ihrer eigenen Handlung nicht befugt sein würde, später für sich selbst einen Theil des Streitobjekts zum zweiten Mal von den Beklagten zu fordern.

152. Den Intestaterben gegenüber muß das Dasein eines Testamentes als Einrede vorgeschützt werden.

Wenn die Beklagten darauf hingewiesen haben, es könne durch Testament die gesetzliche Erbfolge geändert sein, so verdient dies keine Berücksichtigung, weil nach heutigem Prozeßrechte das Dasein einer letztwilligen Verfügung dem klagenden Intestaterben gegenüber als Einrede bestimmt vorgeschützt und erwiesen werden muß,

Glück Commentar Bd. 7. p. 510,
v. Wening-Ingenheim Civilrecht V. § 192.
Bethmann-Hollweg Versuche p. 363.

eine positive Behauptung der Art aber nirgends vorgebracht worden ist.

153. Vermuthete Erbschaftsantretung.

In erster Instanz haben die Beklagten ferner eingewendet, es sei nicht nachgewiesen, daß die Böhm'schen Kinder die Erbschaft ihres Vaters angetreten hätten — — — es kann kein Bedenken haben, hier von den Grundsätzen des gemeinen Rechtes auszugehen; darnach aber würde schon in der Anstellung der Klage eine Erbschaftsantretung, wenn es einer solchen überhaupt bedürfen sollte, liegen

Fr. S. Gebrüder Doctor c. Leonhard
Blum Erben 1841.

154. Obervormundschaftliche Vergünstigung.

Erst in jetziger Instanz haben die Beklagten zur Sprache gebracht, die Vormünder der Böhm'schen Kinder hätten eine obervormundschaftliche Genehmigung zur Einziehung des streitigen Kapitals beizubringen gehabt. Allein weder das gemeine, noch das Frankfurter Recht, auf welches letztere sich die Beklagten ohne allen Grund berufen, verpflichtet den Vormund, zur Einklagung fälliger Kapitalien eine obervormundschaftliche Genehmigung einzuholen (vergl. Ref. II. tit. 1 § 3. VII. tit. 4 § 4, 9. Verordn. vom 3. Dez. 1776. § 1). Die letztangeführte Verordnung gestattet nur dem Schuldner, zu seiner Sicherheit vor der Zahlung ein obrigkeitliches Vergünstigungsdekret auszuwirken, was auf die Befugniß des Vormunds zur Prozeßführung gar keine Beziehung hat.

155. Adhäsionsbeschwerde.

Es konnte die formelle Zulässigkeit der Adhäsionsbeschwerde keinem Zweifel unterliegen. Die Beklagten haben dagegen eingewendet, daß sie sich nicht über die gedachte Beweisauflage an sich, sondern nur über die Festsetzung der Beweislast beschwert hätten. Allein nach § 135 der Ober-Appellationsgerichtsordnung genügt es, wenn durch die Adhäsion nur die nämliche Stelle der **sententia a qua** angegriffen wird, wie durch die Appellation des Gegners — was hier klar vorliegt —, wogegen es gleichgültig ist, aus welchem Grund der Appellant und der Adhärent die Entscheidung anfechten und ob die Beschwerden beider in einem inneren Zusammenhang stehen oder nicht.

156. Solidarverbindlichkeit nach § 891 des österr. bürgerl. Gesetzbuches. (Vergl. Nr. 22.)

Nach § 891 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches hat ein Gläubiger, welchem von mehreren Personen dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand dergestalt versprochen wird, daß sich einer für alle und alle für einen ausdrücklich verbinden, unbedingt das Recht, das Ganze oder einen Theil desselben von einem einzigen

der Schuldner zu fordern, womit die Einrede der Theilung klar ausgeschlossen ist. Nun haben sich die unter dem Schuldschein unterzeichneten vier Schuldner zur Zurückzahlung „in solidum unbedingt verpflichtet" und bezeichnen sich auch unter dem Cessionsdokument wiederholt als „solidarische Schuldner." Es kann aber schon nach allgemeinem Sprachgebrauch keinem Zweifel unterliegen, daß, wer mit Anderen eine Leistung „in solidum" übernimmt, sich eben dadurch verpflichtet, das, was allen obliegt, auch allein und ungetheilt dem Gläubiger zu leisten, daß also damit dasselbe gesagt ist, wie mit dem deutschen Ausdrucke „sich einer für alle und alle für einen verbinden". Daß die Worte „in solidum" und „solidarisch" in dem Gesetze selbst nicht gebraucht sind, erklärt sich genügend daraus, daß das österreichische Gesetzbuch durchgängig alle lateinische Ausdrücke möglichst zu vermeiden gesucht hat, und daß die Fassung des § 891 ebenfalls aus diesem Bestreben hervorgegangen ist und nicht etwa eine von der Solidarschuld verschiedene Verpflichtung hat bezeichnen wollen, erhält überdies durch das Register der officiellen Ausgabe eine Bestätigung, welches den Ausdruck „Solidarverbindlichkeit" aufführt, dabei auf das Wort „Correalität" und hier auf den § 891 verweist. Um so weniger läßt sich annehmen, daß die Vorschrift des § 891 für unanwendbar gehalten werden dürfte, wenn sich die Contrahenten der entsprechenden und bei jedem Gebildeten als bekannt vorauszusetzenden lateinischen Ausdrücke bedient haben. Wenn aber die Beklagten meinen, die in § 891 angeführten Worte bildeten eine bestimmte Formel, durch deren Gebrauch die Entstehung einer solidarischen Verbindlichkeit bedingt werde, so steht dem entgegen, daß die Nothwendigkeit einer bestimmten Formel nicht vermuthet werden kann, sondern von dem Gesetz ausdrücklich hätte ausgesprochen werden müssen. Nun verlangt aber der § 891, daß die Schuldner sich einer für alle und alle für einen „ausdrücklich" verbinden; allein damit soll zur näheren Erklärung des vorausgeschickten Ausdruckes „zur ungetheilten Hand" unverkennbar nur gesagt sein, daß eine solidarische Verbindlichkeit nicht aus dem sonstigen Inhalt des Vertrages geschlossen werden dürfe, sondern nur durch eine ausdrückliche Verabredung entstehe. Eine

solche liegt aber hier durch den Gebrauch des unzweideutigen Ausdruckes, „in solidum" vor.

158. Testamentarische Verfügung, die Substanz des Vermögens bis zu einem Zeitpunkte nicht anzugreifen.

Wenn die Beklagten meinen, weil das großväterliche Vermögen ihres Curanden und ein demselben zugefallenes Vermächtniß seiner Tante bis zum zurückgelegten 25ten Lebensjahre des Lemme dessen Disposition entzogen gewesen seien, so habe Lemme bei Unterzeichnung des Schuldscheines zum Nachtheil der Substanz des Vermögens keine Schuld contrahiren können, so bedarf dies keiner Widerlegung, da die Befugniß des Gläubigers die Substanz des Vermögens seines Schuldners anzugreifen, sich nur nach der Zeit richten kann, wo um Execution nachgesucht wird. Nach der eigenen Angabe der Beklagten hat aber Lemme sein 25. Lebensjahr gegenwärtig bereits zurückgelegt, und es sind folglich damit die Beschränkungen aus den angeführten testamentarischen Verfügungen hinweggefallen, indem es sich von selbst versteht, daß die inzwischen eingetretene **cura prodigi** an den Rechten des Gläubigers nichts zu ändern vermag. Bei dieser Lage der Sache kann es dahingestellt bleiben, ob einem Gläubiger überhaupt durch testamentarische Verfügungen des Erblassers des Schuldners, wenn sie nicht zugleich zu Gunsten Dritter getroffen sind, das Recht entzogen werden kann, aus dem hinterlassenen Vermögen seine Befriedigung zu suchen.

LXVI.

Johann Ludwig Schaffner dahier, Kläger

contra

Michael Reißert dahier, Beklagten.

Beide Theile verglichen sich am 27. Okt. 1851 wegen Differenzen, die wegen Zahlung der dem M. Reißert von L. Schaffner gelieferten Maurerarbeiten entstanden waren; —

Kläger behauptet um fl. 5700, die ihm zum Theile durch vier österr. 4½ % Met. Obl. entrichtet worden seien, deren Tagescours aber von dem Beklagten statt mit 66, mit 81¾ angegeben worden sei. — Beklagter gibt die Verständigung dahin an, daß der Kläger durch fl. 1700 in Wechseln und Gold und durch vier österr. 4½ % Met. Obl. à fl. 1000 mit laufenden Zinsen abgefunden und befriedigt sein solle, was auch von dem Kläger nach Empfang dieser Werthgegenstände durch eine Quittung [9] act. bestätigt worden sei. Diese Quittung lautet über baare Zahlung von fl. 5800 und liberirt am Ende den Beklagten von jeder weiteren Verbindlichkeit gegen den Kläger.

Das Stadtgericht erkannte am 11. Febr. 1852.

Kläger hat — rechtsgenügend darzuthun

entweder, daß er sich wegen seines Guthabens an den Beklagten mit demselben am 27. Okt. 1851 auf die Summe von fl. 5700 verglichen habe,

oder, daß der Beklagte ihm bei den damaligen Vergleichsverhandlungen den Cours der 4½% Met. Obl. zu 81¾ angegeben habe.

Auf Appellation des Klägers wurde dieses Erkenntniß unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze bestätigt vom

Appellationsgericht am 23. April 1852;

Oberappellationsgericht am 30. Okt. 1852.

158. Vermuthung wegen des Courses der Staatspapiere.

Es steht dem Kläger das entscheidend entgegen, daß jene Quittung [9] act. von dem Abschlusse eines Vergleiches auf die fragliche Summe nichts enthält. Dieselbe besagt nur, daß Kläger den gesammten Kostenbetrag der — Arbeiten mit fl. 5800 empfangen habe; demnach aber kann dieselbe — — höchstens so viel ergeben, daß man sich über den Belauf der ursprünglichen Bauforderungen des Klägers geeinigt hat; nicht aber kann sie darüber zum Beweise dienen, in welchen Maßen die deßfallsige Befriedigung des Klägers nach vergleichsweiser Uebereinkunft habe geschehen — — sollen. Indem nun auch die — — Vertheilung der Beweislast — — um deßwillen vollkommen ge-

rechtfertigt erscheint, weil ein Vergleichs-Abschluß in dem vom Beklagten behaupteten Maße gar nichts Unwahrscheinliches hat, sonach die faktische Präsumtion, welche bei Verkäufen von Staatspapieren dafür sprechen soll, daß deren Werth nach dem jeweiligen Tagescourse verstanden und zu berechnen sei, dem Kläger gar nicht einmal zur Seite steht, im Uebrigen auch bloße praesumtiones facti ohne Einfluß auf die Beweislast sind, so konnte es keinem Bedenken unterliegen, daß es bei der ersten Beweisalternative lediglich sein Bewenden zu behalten habe.

LXVII.

J. C. H. dahier, Kläger

contra

A. J. St. dahier, Beklagten.

Kläger verlangt Schadensersatz für Beschädigungen, welche seinem Hause

1. durch den zwar später aufgegebenen, aber schon begonnen gewesenen Anbau des Beklagten,

2. durch dessen späteren Neubau zugefügt sein sollen. Als accessorium des Schadensanspruchs für den Neubau beantragt

3. Kläger Ersatz für die durch diese Beschädigungen entgangenen Miethzinsen.

Der Kläger hat sich dabei auf folgende Momente gestützt:

ad 1. *a.* daß Beklagter ihn nicht zeitig benachrichtigt habe, daß die Absprießung der Brandmauer erforderlich sei;

b. daß der Beklagte die Fundamente des Anbaues tiefer als in den bei dem Bauamt eingereichten Rissen angegeben war, habe graben lassen;

c. daß Beklagter sein eigenes Haus nicht habe absprießen lassen.

ad 2. *a.* daß Beklagter auch hier die Fundamente tiefer gelegt habe, als die Risse angeben;

b. daß die Abspriesung und Verschälung namentlich des Erdreichs, nach der Seite des klägerischen Hauses zu, schlecht ausgeführt worden seien.

Das Stadtgericht erkannte am 12. März 1851 auf Beweis und zwar

A. hat Kläger darzuthun:

1. die vorgekommenen Beschädigungen wegen des Anbaues;

2. die Beschädigungen wegen des Neubaus;

3. daß die Beschädigungen Folge des unterbliebenen Sprießens des klägerischen Hauses gewesen;

4. daß Beklagter auf — den Rissen angegeben habe, daß die neuen Fundamente nur — tief werden sollten;

B. Beklagter, den Grund seiner Einreden ꝛc.:

oder 3. daß Kläger vor den eingetretenen Beschädigungen durch seinen Sohn oder Schwiegersohn von dem Ausgraben und Aufmauern der Fundamente Einsicht genommen oder von deren Tiefe sonstige Kenntniß erlangt habe.

Die oben angeführten Momente sub 1 a u. c, sub 2 b werden verworfen. In Betreff des Schadensersatzes wird erkannt:

daß, insofern Beklagter überhaupt als zum Schadensersatz verpflichtet verurtheilt werden müßte, er sowohl die Kosten der Herstellung der Beschädigungen, als die entbehrten Miethzinsen zu erstatten schuldig wäre, daß jedoch die Liquidation beider vorerst vorzubehalten ist.

Auf beiderseitige Appellationen wird das stadtgerichtliche Urtheil vom Appellationsgericht am 5. Januar 1852 bestätigt, jedoch auf die Appellation des Beklagten die Erläuterung zugefügt, daß Kläger in dem vorbehaltenen Liquidationsverfahren die Größe der Miethzinsen darzuthun hat.

Auf beiderseitige Appellationen änderte das Oberappellationsgericht am 22. Nov. 1852 das stadtgerichtliche Urtheil unter Compensation der Kosten 2ter und 3ter Instanz dahin ab, daß

1. Beklagter oben sub B 3 zu beweisen hat, daß der Sohn

oder Schwiegersohn des Klägers vor den eingetretenen Beschädigungen Einsicht von dem Ausgraben und Aufmauern der Fundamente genommen habe und daß dieses im Auftrag des Klägers geschehen oder demselben darüber berichtet worden sei;

2. daß der Vorbehalt der Liquidation der Miethzinsen nur insofern stattfinde, als Kläger die Beweise **sub A. 2**, sowie die Beweise **sub A. 3 u. 4**, soweit diese letztern sich auf den Neubau beziehen, erbringen werde und diese Beweise nicht durch den Einredebeweis des Beklagten elidirt werden.

3. daß Kläger, falls es zu dem vorbehaltenen Liquidationsverfahren wegen entbehrter Miethzinsen kommen sollte, die Größe seines Verlustes noch zu beweisen habe.

159. Wer muß bei dem Umbau eines Hauses dasselbe und des Nachbarn Haus sprießen lassen?

Was zunächst den Klaggrund **sub a** (der Geschichtserzählung) betrifft, so kann nach dem Frankfurter Baustatut das Vorhandensein einer Verpflichtung des Bauenden zu einer solchen Benachrichtigung nicht angenommen werden, vielmehr folgt aus der Bestimmung desselben im Kap. 1 § 19, daß der Nachbar das Sprießen seines Hauses selbst besorgen soll, daß es demselben auch obliegt, sich um den benachbarten Bau zu bekümmern und selbst zu untersuchen, wann und ob eine Absprießung erforderlich wird. Da diese Vorschrift des § 19 eine ganz allgemeine ist, so erscheint es auch unzulässig, mit dem Beklagten ihre Anwendbarkeit da ausschließen zu wollen, wo der Eigenthümer des Nachbarhauses sein Haus nicht selbst bewohnt oder der Bau nicht unmittelbar neben dem Hause des Nachbarn, sondern in einer gewissen Entfernung von demselben vorgenommen wird. In vorliegendem Falle erscheint dieser ganze Klaggrund um so unstatthafter, als nach dem mit der Klage beigebrachten Bauamts-Protokoll der Kläger, bei Gelegenheit der Verhandlungen vor dem Bauamt in Betreff des vom Beklagten beabsichtigten Anbaues, die Besorgung der etwaigen Absprießung ausdrücklich selbst übernommen hat, die Möglichkeit, daß eine solche nothwendig werden würde, also schon im Voraus von ihm bedacht war, so daß es nun um so

mehr ihm oblag, darauf zu achten, ob eine solche Nothwendigkeit wirklich eintrete.

Soviel aber den Klaggrund sub 1 c. (der Geschichtserzählung) anlangt, so kennt das gemeine Recht keine rechtliche Verpflichtung des Bauenden bei einem Bau auf eigenem Grund und Boden sein Haus zu sprießen, um das Haus des Nachbarn vor Schaden zu bewahren, und das allegirte Baustatut als das einschlagende Lokalgesetz befreit im § 19 cit. a. E. wo der Bauende ganz allgemein von jeder Haftungspflicht für den dem Nachbar durch seinen Bau zugefügten Schaden liberirt wird, davon ausdrücklich.

Den Klaggrund sub 2 b (der Geschichtserzählung) betreffend muß, bei der generellen Vorschrift des allegirten § 19 des Baustatuts, welches zwischen Erdarbeiten und dem Bau oberhalb des Grundes nicht unterscheidet, mit den vorigen Richtern angenommen werden, daß bei den einen sowohl, als bei den andern dem Nachbar die Pflicht, durch von ihm selbst zu treffende Vorkehrungen, wenngleich auf Kosten des Bauenden, sich vor Schaden zu sichern, vom Gesetz hat aufgelegt werden sollen.

160. Präsumtive Mandatare aus Verwandtschaftsverhältnissen gibt es nur im Prozeß, nicht bei anderen Rechtsgeschäften.

Dagegen war allerdings in Folge des Grav. IV. des Klägers, der dem Beklagten vom Stadtgerichte nachgelassene dritte alternative Einredebeweis, daß Kläger vor den eingetretenen Beschädigungen durch seinen Sohn oder Schwiegersohn von dem Ausgraben und Aufmauern der Fundamente Einsicht genommen, wie im Urtheil geschehen, abzuändern. Denn die bloße Thatsache, daß der Sohn oder Schwiegersohn des Klägers die Fundamentirung besehen habe, würde allein dem Kläger noch nicht präjudiciren können, vielmehr ist hierzu erforderlich, daß sie diese Einsicht entweder im Auftrage des Klägers vorgenommen haben, oder daß Kläger wenigstens durch ihren, ihm darüber gemachten Bericht von dem Ergebniß derselben Kenntniß erhalten habe. Es mußte daher hierauf der Beweis ebenfalls gerichtet werden, und konnte hiergegen auch aus den Gründen, weßhalb in voriger Instanz diese

dort schon aufgestellte Beschwerde verworfen werden, kein Bedenken entstehen. Die Qualität als präsumtive Mandatare, welche in dem vorigen Erkenntnisse, mit Rücksicht auf ihr Verwandtschafts-Verhältniß zum Kläger, dessen Sohn und Schwiegersohn beigelegt wird, gibt ein solches Verwandtschafts-Verhältniß nur im Prozeß, nicht aber bei anderen Rechtsgeschäften.

L. 35 pr. D. de procuratorib. 3. 3.

Wenn aber ferner darauf Bezug genommen wird, daß sich aus Stadtgerichts-Akt. [5] ergebe, daß der Sohn des Klägers Bevollmächtigter seines Vaters in dieser Angelegenheit gewesen, so trifft dieses Argument theils den Schwiegersohn überall nicht, theils kann dasselbe auch nicht einmal hinsichtlich des Sohnes für zutreffend gehalten werden, da daraus, daß der Kläger im August Monat, während er selbst in Soden sich aufhielt, seinen Sohn beauftragt hat, in seinem Namen vor dem Bauamte sich über den vom Beklagten beabsichtigten Neubau zu erklären, noch nicht gefolgert werden kann, daß er auch schon früher denselben beauftragt gehabt, das Fundament des Anbaues zu untersuchen oder demselben eine General-Vollmacht ertheilt hätte, bei dem Bau des Beklagten Alles für ihn wahrzunehmen.

Es mußte aber in den, dem Beklagten nachgelassenen, betreffenden Beweise nicht blos der Zusatz, daß die Einsichtnahme im Auftrag des Klägers geschehen sei, aufgenommen werden, sondern alternativ dem Beklagten auch freigelassen werden, zu beweisen, daß vom Sohn oder Schwiegersohn dem Kläger Bericht über die genommene Einsicht erstattet worden, da, sobald solches geschehen wäre, Kläger mithin auf diese Weise von der tieferen Fundamentirung zeitig Kenntniß erhalten hätte, es nicht weiter darauf ankommen würde, ob ein Auftrag zur Einsichtnahme vom Kläger vorher ertheilt worden. Es bedurfte dieses Zusatzes auch, da die diesem dritten Einredebeweis im stadtgerichtlichen Erkenntnisse am Schlusse hinzugefügte Alternative „oder von deren Tiefe sonstige Kenntniß erhalten hatte" nach dem gewählten Ausdrucke „sonstige" auf eine vom Kläger erlangte Kenntniß von der Einsichtnahme des Sohnes oder Schwiegersohnes n i c h t bezogen werden kann.

161. Wer haftet dafür, daß ein Bau dadurch, daß er nicht den dem Nachbar überreichten Rissen gemäß errichtet wurde, Schaden verursacht?

Die Beschwerdeführung des Beklagten anlangend, so war der Antrag desselben, den Kläger mit seiner Schadensforderung für den Anbau gänzlich zurückzuweisen, zu verwerfen.

Es konnte dem Beklagten nicht beigestimmt werden, wenn er das (sub 1 b der Geschichtserzählung) näher bezeichnete Fundament der Klage, dessen Zulässigkeit an sich er nicht bestreitet, dadurch beseitigen will, daß er sich darauf beruft, daß er kein Sachverständiger sei, Kläger sich also wegen Schadensersatzes **eventualiter** nur an die von ihm — dem Beklagten — adhibirten Bauverständige würde halten können.

Hierbei bedarf es nämlich gar keines Eingehens auf die Frage, ob der Bauherr, der sich in der Auswahl der von ihm bei einem Bau zugezogenen Sachverständigen keiner Nachlässigkeit schuldig gemacht hat, für die von diesen Sachverständigen instruktionswidrig begangenen Versehen von Dritten verantwortlich gemacht werden kann, da, soviel die tiefere Fundamentirung selbst betrifft, es gar nicht denkbar ist, daß ohne Auftrag Seitens des Beklagten, mithin instruktionswidrig ein so bedeutender Kostenaufwand gemacht sein sollte, wie ein so tiefes Legen der Fundamente, als hier stattgefunden hat, unvermeidlich verursacht. Insofern aber der Einwand darauf gerichtet ist, daß es Pflicht des Architekten gewesen wäre, in den für Beklagten angefertigten, dem Bauamt überreichten und von diesem dem Kläger mitgetheilten Rissen die tiefere Fundamentirung genügend anzugeben, und daß daher, wenn dies nicht geschehen sei, nicht der Beklagte, sondern der Architekt für die Fehlerhaftigkeit der Zeichnung aufzukommen habe, so steht dem Beklagten entgegen, daß der Kläger, der bei den Verhandlungen vor dem Bauamte seine Erklärung über den vom Beklagten projektirten Anbau nur auf Grundlage der von diesem eingereichten Risse zu machen hatte, dieserhalb auch nur mit dem Beklagten zu thun hat, welcher ihm vom Bauamt als derjenige, der sie übergeben und danach bauen zu wollen erklärt habe, bezeichnet wurde.

LXVIII.

Die Erben des Joseph Banchero zu Mailand, Kläger und Widerbeklagte

contra

Joseph Schneider dahier, Beklagten u. Widerkläger.

Es handelt sich um Führung eines Beweissatzes, der durch Zeugen, Urkunden und Eidesdelation angetreten worden war. Das Stadtgericht erkannte am 4. Februar 1852 auf den zugeschobenen Eid:

Auf Appellation des Beklagten und dessen Antrag auf Aktenversendung erkannte das Spruchkollegium zu Leipzig am 7. Juli 1852, daß die Kläger noch einige Successoren der ursprünglichen Mitkläger, sowie das Ableben dieser letzteren nachzuweisen hätten, in der Sache selbst aber unter Verurtheilung des Appellanten zum Kostenersatze das stadtgerichtliche Urtheil zu bestätigen sei. Auf Oberappellation des Beklagten bestätigte das Oberappellationsgericht am 25. Nov. 1852 das zweitinstanzliche Erkenntniß unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten der Instanz.

LXIX.

Die Ehefrau des L. B. zu Offenbach, E. geb. K., Klägerin

contra

C. A. T. dahier, Beklagten.

Das Stadtgericht legte dem Beklagten am 16. August 1850 wegen Denomination weit auswärts wohnender Zeugen zum Behufe einer Beweisführung das **juramentum malitiae** auf. Nachdem dieses Dekret rechtskräftig geworden war, wurde Termin

auf den 10. August 1851 anberaumt. Der Beklagte bat und erlangte Verlegung des Termins auf den 24. Aug. 1851. An diesem Tage erschien nun Dr. Sch. als Bevollmächtigter des Beklagten, um einen Antrag zu stellen, was jedoch das Gericht unter Protest und Ungehorsamsbeschuldigung von Seiten der Klägerin ablehnte. Am folgenden Tag kam Dr. Sch., gestützt auf eine Specialvollmacht zur Ausschwörung des Bosheitseides mit einer Eingabe ein und stellte den Antrag, entweder den Eid durch ihn (Dr. Sch.) ausschwören zu lassen oder den Beklagten zu restituiren und diesem den Eid bis zum Monat Oktober vorzubehalten.

Das Stadtgericht erkannte am 29. Sept. 1851:

Der dem Beklagten durch Bescheid vom 16. August 1850 auferlegte Eid wird für verweigert erkannt und demzufolge derselbe mit dem angetretenen Zeugenbeweis ausgeschlossen.

Auf Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten des Beklagten erkannte das Spruchcollegium zu Berlin am 3. Mai 1852 und auf Oberappellation des Beklagten das Oberappellationsgericht am 6. Dec. 1852, daß das stadtgerichtliche Urtheil zu bestätigen sei. Das letztere verurtheilte den Beklagten zu einer Geldstrafe wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels.

162. Stellvertretung bei dem Bosheitseid.

Bei der Beantwortung der Frage, ob nach frankfurtischem Rechte eine zeitige Abwesenheit den Eidespflichtigen berechtigt, die Ableistung eines Bosheitseides durch einen Stellvertreter beschaffen zu lassen, — kann es dahin gestellt bleiben, ob in Ref. I. 24 § 3 unter Abwesenden solche Personen zu verstehen seien, welche ihren Wohnsitz nicht in Frankfurt, sondern an einem andern Orte haben, mithin für die Dauer und der Regel nach abwesend sind, so daß der Ausdruck „Anwesende" die Frankfurtischen Bürger und Beisassen bezeichnen würde. Wenngleich nämlich für diese Erklärung theils die Vorschrift der Ref. I. 26 § 4 in Betreff des **juramentum dandorum** zu sprechen scheint, wo der Ausdruck „Abwesende" den Bürgern und Beisassen entgegengesetzt zu sein scheint, auch Ref. I. 27 § 7 bei dem **juramentum respondendorum** von „allhier angesessenen" Partheien spricht und endlich die aus der

Nürnbergischen Reformation, wiewohl unter Veränderung der Worte „oder" in „und" entnommene Vorschrift der Ref. I. 25 § 6 nicht entgegensteht, indem sich daraus noch keineswegs ergibt, daß die Worte „Einheimische" und „Gegenwärtige" etwas Verschiedenes bedeuten müssen und nicht vielmehr der letztere Ausdruck zur Erklärung des ersteren dienen soll — eine Erklärung, wonach der Beklagte, welcher geständig ist, in Frankfurt sein Domicil zu haben, von der Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten jedenfalls ausgeschlossen sein würde — so muß doch selbst dann, wenn man annimmt, daß unter Abwesenden auch Frankfurtische Bürger und Beisassen verstanden seien, jedenfalls und zwar arg. Ref. I. 26 § 4 angenommen werden, daß nicht jede zeitige, sondern nur eine langwierige Abwesenheit zur Substitution bei der Eidesleistung berechtige, indem es sonst in das Belieben einer Parthei gestellt sein würde, durch Unternehmung einer Reise zur Zeit des Termins die Vorschrift des Gesetzes zu umgehen. Als langwierig abwesend kann aber der Beklagte nicht angesehen werden, da er seine Rückkehr auf Ende Oktober v. J. selbst angegeben hat.

163. Rechtsirrthum ist kein Grund zur Restitution.

Die Verneinung der Frage, ob Beklagter — zu restituiren sei, ergibt sich daraus, daß ein Restitutionsgrund nicht vorhanden ist, denn als solcher kann, zumal bei einem Rechtsgelehrten und Frankfurtischen Advokaten, der Rechtsirrthum, daß der Eid durch einen Bevollmächtigten abgeleistet werden könne, nicht angesehen werden. Eine entschuldbare Verhinderung durch Reisen ist aber — nicht einmal behauptet, geschweige denn, wie bei Restitutionsgesuchen nach Prozeß-Ordn. Art. 29 nothwendig ist, bescheinigt.

LXX.

Justinian Clauer dahier, Kläger

contra

Wittwe Elise Dietz dahier, Beklagte.

Kläger hatte auf Schadensersatz geklagt, weil Beklagter einen mit ihm abgeschlossenen Miethcontrakt nicht ausgehalten hatte. In einem vom Appellationsgericht am 27. Sept. 1850 rechtskräftig festgestellten Beweisinterlokute hatte Kläger unter anderem zu beweisen, daß er durch den Mangel an Geschäftsutensilien — — Schaden erlitten habe, während Beklagte unter anderen zu dem Einredebeweis zugelassen wurde, daß der höhere Miethpreis, den Kläger jetzt zahle, dem höheren Werthe des Lokals im Vergleiche zu dem Werthe des beklagtischen Lokals entspräche, resp. ausgeglichen werde. Auf die Beweisantretung des Klägers opponirte die Beklagte die Einrede, daß, da aktenmäßig Kläger zu jener Zeit kein Lokal gehabt, auch der Mangel an Geschäftsutensilien ihm keinen Schaden bereiten könne. Die Beklagte trat ihren Einredebeweis durch Vorlage der Miethcontrakte in Betreff beider Lokale, durch Sachverständige in Betreff des Miethswerths der beiden Lokale und durch Zeugen in Betreff des Ertragswerthes des von der Beklagten vermietheten Lokals an. Kläger behauptete in Betreff seines Beweises eine res judicata, in Betreff des Einredebeweises, daß nicht der Miethswerth der beiden Lokale, sondern deren Ertragswerth in Frage zu ziehen sei; in Bezug auf den Ertragswerth des jetzt vom Kläger inne gehaltenen Lokals aber kein Beweis angetreten wäre. Diese beiden Behauptungen des Klägers wurden für begründet gehalten

vom Stadtgericht am 30. Juni 1851

und auf Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten der Beklagten

vom Spruchkollegium zu Freiburg am 26. Jan. 1852.
vom Oberappellationsgericht am 27. Dec. 1852.

LXXI.

J. Maggi Minoprio dahier, Kläger

contra

Alexander Wolff zu Berlin als Theilhaber der Handlung Nathan Wolff u. Sohn daselbst, Beklagten.

Nathan Wolff u. Sohn beauftragten im Jahr 1844 J. Maggi Minoprio den Betrag von fl. — auf die nachmals s. g. Mainz-Ludwigshafener Eisenbahn zu zeichnen. M. Minoprio ließ den Auftrag durch Gebrüder Meletta in Mainz vollziehen.

In Betreff der Einzahlungen schrieben Nathan Wolff u. Sohn an Minoprio: „Sollte — ein Einschuß von 5 oder 10% eingefordert werden, so haben Sie die Güte, den Betrag für uns zu erlegen und können Sie solchen entweder sofort auf uns entnehmen, oder nach Ihrer Wahl Rimessen von uns dahier entgegensehen.“ Die erste Einzahlung von 5% übermachten Nathan Wolff u. Sohn der hiesigen Handlung, die auch die 2te Einzahlung mit 5% leistete. Als aber in Betreff der letztern Nathan Wolff u. Sohn die Rückerstattung weigerten, verweigerte M. Minoprio ebenfalls eine weiter ausgeschriebene Einzahlung von 10%. Es wurden deßhalb vor dem Handelsgericht zu Alzei folgende Klagen zusammen contradiktorisch verhandelt: der Verwaltungsrath der fraglichen Eisenbahn gegen die Gebrüder Meletta in Mainz, die eine Gewährschaftsklage gegen M. Minoprio erhoben, welcher letzterer die Rückgewährschaftsklage gegen Nathan Wolff u. Sohn anstellten. Die letzteren ließen sich in

contumaciam verurtheilen. Das Handelsgericht zu Alzei verurtheilte nun jeden der Betreffenden zur Zahlung der libellirten Summe von fl. — sammt Verzugszinsen und Prozeßkosten. Minoprio leistete Zahlung. Als nun Alexander Wolff, der im Jahr 1847 Theilhaber der Handlung Nathan Wolff u. Sohn geworden war, durch Frankfurt reiste, erhob Minoprio Klage aus dem Urtheil des Handelsgerichtes zu Alzei, sowie aus dem obigen Sachverhalt gegen denselben. Kläger stützte sich dabei auf Ref. I. 11 § 1.

„Wann sich's begibt, Daß ein Bürger gegen eim Frembden, oder ein Frembder gegen einem andern Frembden, Sachen halben, so allhie in Franckfurt Contrahirt, oder da gleich der Contract an andern Orthen geschehen, doch die Bezahlung allhie in dieser Stadt zu thun, versprochen worden, und derselbig Persönlich allhie betretten würde, zu sprechen hette: So soll er demselben für das Gericht durch einen Richter gebieten lassen, doch nur einmal. Der auch alßdann auff solche einige Citation und Fürgebott, am Gericht zu erscheinen schuldig seyn soll."

Das Stadtgericht erkannte am 19. April 1852:

I. Beklagter ist schuldig — die eingeklagte Summe sammt 5 % Verzugszinsen vom Tage der mitgetheilten Klage an zu zahlen.

II. Kläger hat — darzuthun,

a. daß das Urtheil des Handelsgerichts zu Alzei gegen die beklagte Handlung in contradictorischem Verfahren erlassen zu betrachten sei;

b. daß die beklagte Handlung zu den deßfallsigen Gerichtsverhandlungen ordnungsmäßig vorgeladen war, worauf wegen der angesprochenen weiteren Zinsen und der aufgewendeten Prozeßkosten weitere Entscheidung erfolgen wird.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 9. Juli 1852 auf Beschwerdeführung des Klägers, daß Kläger mit dem sub II. auferlegten Beweise zu verschonen sei, verurtheilte den Beklagten in die libellirten Beträge, sowie in die Prozeßkosten der 1ten Instanz und compensirte die Kosten der

2ten Instanz —; auf Beschwerdeführung des Beklagten, daß dieselbe unter Verurtheilung zum Kostenersatze abzuweisen sei.

Auf Oberappellation des Beklagten bestätigte das Oberappellationsgericht am 27. Dec. 1852 das zweitinstanzliche Erkenntniß, erachtete jedoch den Beklagten nicht für verbunden, dem Kläger die von den rheinhessischen Gerichten, durch deren Rückgewährschaftsklage erwachsenen Kosten zu bezahlen, und verurtheilte den Beklagten in die Kosten der Instanz.

164. Forum contractus.

Die Zuständigkeit des Stadtgerichts zu Frankfurt mußte als vorhanden anerkannt werden, da die von der Ref. I. 11 § 1 für den Gerichtsstand aus Verträgen aufgestellten Erfordernisse hier zutreffen. Denn

a. daß „die Bezahlung aus dem in Rede stehenden Vertrage in Frankfurt zu thun versprochen worden", zu welchem Versprechen nach

Fr. S. Gebr. Bethmann c. Kramer 1841

eine ausdrückliche Verabredung erforderlich ist, kann nach den Worten der beklagtischen Zuschrift vom 3. Juni 1844 „und können Sie solchen (den Betrag der für Beklagte geleisteten Zahlung) entweder sofort auf uns anweisen oder nach Ihrer Wahl Remisen dafür von uns entgegensehen" nicht zweifelhaft sein, indem hiernach in dem einen, wie in dem anderen Falle die Erstattung der Auslagen in Frankfurt versprochen worden ist: wie denn auch Beklagte ihre Absicht, dieses Versprechen erfüllen zu wollen, mittelst ihrer Zuschrift — — — bekundet haben.

b. das Erforderniß daß „derselbig (d. h. der fremde Schuldner) persönlich in Frankfurt betreten würde", ist im vorliegenden Falle nicht minder vorhanden, — zwar nicht um deßwillen, weil Alexander Wolff derzeit Theilhaber der Firma Nathan Wolff u. Sohn in Berlin ist; denn wenn er als solcher nicht verpflichtet wäre, für die vor seinem Eintritt in die Handlung von dieser contrahirten Schulden zu haften, so würde er bei Empfangsnahme der gegenwärtigen Klagschrift nur als Bevollmächtigter der verpflichteten Theilnehmer der Handlung angesehen werden

können: die Anwesenheit eines Bevollmächtigten zur Begründung des Gerichtsstandes aus dem Vertrage wider einen Schuldner ist aber zu dem Ende nicht ausreichend, sondern die Anwesenheit des Schuldners selbst nothwendig nach gemeinem Rechte

c. 1 § 3. de foro comp. in VIto

wie nach der Reformation; — sondern deßhalb, weil er, wenngleich erst am 2. Febr. 1847 in die Handlung eingetreten, da der Eintritt an der Börse zu Berlin ohne Vorbehalt verlautbart ist, auch für die vor seinem Eintritt von der Handlung contrahirten Schulden aufzukommen hat: ein Rechtssatz des heutigen Handelsrechts, welcher von dem Oberappellationsgericht schon früher in der von dem Stadtgerichte angeführten Sache — — als entscheidende Norm aufgestellt worden ist und über welchen die in dem vorliegenden Falle zur Anwendung kommenden Bestimmungen des preußischen Rechts, die von dem Beklagten besonders in gegenwärtiger Instanz in Bezug genommen werden, keine Entscheidung enthalten.

Delbrück Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte. Berlin 1853 p. 95—97.

Das Stadtgericht erklärte den Gerichtsstand dahier zufolge Ref. I. 11 § 1 für begründet, dagegen die Einrede des unrecht gewählten Beklagten als der Begründung entbehrend, indem „Alexander Wolff, wenn er auch erst im Jahr 1847 in die Handlung Nathan Wolff u. Sohn eingetreten sein sollte, dadurch, daß er mittelst öffentlicher Erklärung ohne allen Vorbehalt und ohne Veranstaltung einer Liquidation mit den bisherigen Gläubigern in eine schon bestehende Handlung mit unveränderter Beibehaltung der bisherigen Firma eingetreten ist, Jedermann zu der Annahme berechtigt hat, daß er, sowie er an allen Aktiven der Handlung Theil habe, so auch an den Passiven derselben Theil nehmen wolle und müsse, wie dies schon öfters und namentlich in S. Wurster u. Zimmermann c. Schwennike im Jahr 1846 erkannt worden ist, — daß der Anwendung dieser Grundsätze auch die Bestimmungen des preußischen Landrechts darüber, wie in der Regel die Verhaftung der Handelsgesellschafter begründet wird, nicht im Wege stehen."

Das Appellationsgericht erkannte:

I. Soviel zunächst die erste Hälfte der Voraussetzungen der Ref. I. 11 § 1 anbelangt, wird die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte für den vorliegenden Fall von dem Beklagten mit Unrecht bestritten; denn

1. der Vertrag ist da geschlossen, wo der erste Brief empfangen und von dem Empfänger die zustimmende Antwort abgesendet wird — an diesem Orte ist es zu einer übereinstimmenden Willenserklärung gekommen

v. Savigny System Bd. 8. S. 235 u. 236 Note c.

2. die gemeinrechtlich bestrittene Frage, ob an dem Orte der Entstehung, dem Sitze der Obligation auch der Gerichtsstand für dieselbe begründet sei, ist durch die angezogene Bestimmung des Partikularrechts zu Gunsten des Klägers entschieden, abgesehen hiervon wird

3. nach den Briefen — Frankfurt auch als Zahlungsort bezeichnet werden können.

II. Was die zweite Hälfte der Voraussetzungen des angezogenen § 1 der Reformation I. 11 anbelangt, so ist die Klage dem Handelsmann Alexander Wolff von Berlin zur Zeit, als derselbe persönlich dahier betreten wurde, gerichtlich zugestellt worden und die Eigenschaft desselben als Theilhaber der beklagten Handlungsfirma „Nathan Wolff u. Sohn" zur Zeit der angestellten Klage unterliegt nach [11] act. keinem Zweifel. — — — Daß zur Zeit der erhobenen Klage ein Theilhaber der schuldner'schen Handlung persönlich hier anwesend war und ihm die gegen die Handlung gerichtete Klage gerichtlich zugestellt wurde — damit ist der zweiten Hälfte der Voraussetzungen der oben angezogenen Reformationsstelle Genüge geleistet, da die Verpflichtung und Berechtigung eines Handlungsgesellschafters, hierin die Gesellschaft zu vertreten, — für sie gerichtliche Ladungen zu empfangen, nicht bezweifelt werden kann.

Die weitere Frage, ob und in wie weit der in dem vorliegenden Falle betretene Gesellschafter der schuldnerischen Handlung für dasjenige dem Kläger wird aufzukommen haben, wozu die Gesellschaft in diesem Rechtsstreite etwa verurtheilt wird, kann erst dann

von Wichtigkeit werden, wenn einmal der Kläger aus jener Verurtheilung der Gesellschaft besondere Ansprüche gegen den fraglichen Theilhaber zu erheben sich veranlaßt finden sollte, in jedem anderen Falle aber lediglich zwischen den verschiedenen Theilhabern der Gesellschaft, ohne alle Concurrenz des Klägers, zu verhandeln sein.

165. Vollziehung eines auswärtigen Urtheils.

Anlangend die Kosten der Rückgewährschaftsklage des Klägers wider Beklagte, so ließe sich deren Ersatz mit der Gegenklage aus dem Mandat nur dann erlangen, wenn der Kläger von den Frankfurtischen Gerichten für berechtigt erachtet werden könnte, die Beklagten vor die Rheinhessischen Gerichte zu ziehen. Zu dem Ende ist die Rechtsbeständigkeit des vor dem Kreisgerichte zu Alzei am 1. Okt. 1850 auch wider die Beklagten ergangenen Urtheils und die daraus cumulativ mit der Nr. 164 erörterten Gegenklage aus einem Bevollmächtigungsvertrage angestellte judicati actio zu prüfen.

Es war jene Rechtsbeständigkeit jedoch in Frankfurt um deßwillen nicht anzuerkennen und die judicati actio mithin zu verwerfen, weil der in dem Französischen Rechte,

Cod. proced. art. 59 Nr. 8 art. 181

bei demandes en garantie begründete außerordentliche Gerichtsstand weder in dem Preußischen Rechte,

vergl. Allgem. Gerichtsordnung Th. 1. Tit. 17 § 22, 24.

noch in dem Frankfurtischen

Ref. 2, 10

Anerkennung gefunden hat und in dem Falle, wo auswärtige Gerichte Ausländer, die deren Gerichtsstand nicht unterworfen sind, wenn sie auf Ladung nicht erschienen, verurtheilt haben, daraus, wenngleich jene Gerichte nach eigenen Gesetzen zuständig waren, bei einem dritten Gerichte eine judicati actio jedenfalls dann nicht zulässig ist, wenn nach dessen, sowie nach den Gesetzen, denen der verurtheilte Ausländer für seine Person unterworfen ist, ein Mangel der Zuständigkeit vorliegt. Demnach ist die in Frank-

furt anerkannte Zulässigkeit der Anstellung einer judicati actio aus Erkenntnissen Rheinhessischer und Rheinpreußischer Gerichte

Fr. S. Feist c. Cordier Erben 1828,

Wertheimber c. Scheurer u. Reinach 1831.

an die Bedingung geknüpft, daß die Zuständigeit der auswärtigen Gerichte in Frankfurt principiell anerkannt sei, wobei zwischen Einheimischen und Ausländern kein Unterschied gemacht werden kann.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus:

12. daß, insoweit die Klage aus dem Urtheil des Kreisgerichtes zu Alzei weitere Zinsen, — die, insoweit sie Kläger als Auslage in Anspruch nimmt, durch Ref. II. tit. 11 § 10 nicht berührt werden, — und Vergütung aufgewandter Gerichtskosten in Anspruch nimmt, der angefochtene Rechtsbestand dieses Urtheils in Betracht kommt,

13. daß sich dieses Urtheil nach den dahier geltenden Formen als ein Contumacialurtheil darstellt und daß die Partheien darüber einig sind, als Contumacialurtheil würde dasselbe durch den zwischen seiner Erlassung und seiner nachgesuchten Vollstreckung in der Mitte liegenden Zeitbelauf erloschen sein, daher Kläger seine Behauptung nachzuweisen hat, daß das fragliche Urtheil als gegen die Beklagten in contradiktorischem Verfahren erlassen zu betrachten sei; daß

14. ferner Beklagte läugnen, zu den dortigen Gerichtsverhandlungen vorgeladen worden zu sein, und daß das Urtheil in dieser Beziehung nur auf einen Akt des Gerichtsboten zu Alzey Bezug nimmt, der angefochtene Rechtsbestand dieses Urtheils in Betracht kommt.

Das Appellationsgericht erkannte:

Die rechtliche Verbindlichkeit der Beklagten zur Entschädigung des Klägers für dasjenige, was dieser in Folge des Erkenntnisses des Kreisgerichts zu Alzey auch an Zinsen und Kosten hat aufwenden müssen, beruht nicht auf der deßfallsigen Verurtheilung der Beklagten in jenem Erkenntnisse, sie ist bereits in dem zwischen beiden Theilen bestandenen Vertragsverhältnisse und in der Bestimmung der Gesetze begründet, nach welcher der Mandant

dem Mandatar zum Ersatz des auf die Erfüllung des Auftrags gemachten Aufwandes verpflichtet ist. Von einer Beweisführung über den angefochtenen Rechtsbestand jenes Urtheils, soweit solches zugleich eine Verurtheilung der Beklagten enthält, kann daher Umgang genommen werden.

LXXII.

Henriette Aron, geb. Cahn zu Berlin, Liquidantin

contra

die E. M. Ch. Dietz'sche Nachlaß-Debitmasse dahier, Liquidatin.

Liquidantin machte eine Reihe von Forderungsposten gegen die Dietz'sche Debitmasse geltend; sie anticipirte zugleich den Beweis einer Forderung von fl. — durch Vorlage einer Schuldurkunde, die jedoch nur mit drei Kreuzen unterzeichnet war, und verlangte deren Anerkennung resp. eidliche Diffession von Seiten des Contradiktors. Der letztere läugnete die Unterschrift, erbot sich aber nicht zur eidlichen Diffession. Das Stadtgericht nahm deßhalb am 24. März 1852 die fragliche Urkunde als recognoscirt an, während auf Appellation der Liquidatin das Appellationsgericht am 9. Juli 1852 der Liquidantin den Beweis dieser Forderung nachließ. Auf Oberappellation der Liquidantin wurde vom Oberappellationsgericht am 31. Dec. 1852 das stadtgerichtliche Urtheil wieder hergestellt. Kostencompensation in den beiden oberen Instanzen.

166. Eine mit drei Kreuzen unterzeichnete Urkunde muß recognoscirt werden.

Es war die Schreibensunfähigkeit der Wittwe Dietz durch Geständniß der Liquidatin für erwiesen zu halten. — Auch mußte die Verpflichtung eines schreibunfähigen Unterzeichners einer Ur-

kunde, sein in Kreuzen bestehendes Handzeichen anzuerkennen oder eidlich abzuläugnen, als rechtsbegründet erachtet werden. Denn wenngleich Kreuze in der Regel nicht so charakteristische Kennzeichen an sich tragen, wie eine Namensunterschrift, so steht doch nicht das in Frage, ob der Unterzeichner gewisse ihm vorgelegte Kreuze geschrieben, sondern ob er dieselben unter eine ihm vorgelegte Urkunde von einem gewissen Inhalt gesetzt habe, und diesen Thatumstand kann er ebenso gut wissen, wie derjenige, welcher seinen Namen unter eine Urkunde geschrieben hat, das Letztere. Hiernach ist auch die Verpflichtung eines Contradiktors, da er jedenfalls zu den Personen gehört, welche Handlungen des Cridars zu vertreten haben, eine von Diesem unterkreuzte Urkunde anzuerkennen oder in Betreff der Unterkreuzung sein Nichtwissen und Nichtglauben eidlich zu erhärten, anzunehmen.

Das Appellationsgericht erkannte:

Jene Urkunde kann nicht für recognoscibel gelten. Es liegt in der Natur der Sache, daß eine Unterzeichnung, deren Recognition gefordert wird, namentlich wenn der Produkt nicht der Unterzeichner selbst ist, von der Beschaffenheit sein muß, daß die Person des Schreibers von andern Individuen gleichen Namens unterschieden werden kann und die Identität desselben mit der von dem Producenten als Aussteller bezeichneten Person daraus sich abnehmen läßt. Die Urkunde ist nicht mit dem Namen der Ausstellerin, vielmehr nur mit drei Kreuzen unterzeichnet; die nothwendige Voraussetzung der Recognitionspflicht tritt sonach bei derselben überall nicht ein.

Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichtes

im

Jahr 1854.

LXXIII.

L. H. F. dahier, Kläger

contra

die Debitmasse des Carl Friedrich Schmidt und dessen Ehefrau Elisabetha Charlotte, geb. Wetzel, Beklagte.

S. H. F. hatte mit den Schmidt'schen Eheleuten zwei Verträge am 21. Juni 1841 abgeschlossen, von welchen

1. der eine bekundet, daß F. an die Schmidt'schen Eheleute 9 Stück Wein und 3 Faß Rum um die Summe von fl. — verkauft habe mit der Bestimmung, daß der Kaufpreis bis zum 30. Sept. 1842 gegen Verzinsung von 5% in contocorrento creditirt werde, — daß ferner F. den genannten Eheleuten einen weiteren laufenden Credit von fl. — unter der Bedingung eröffne, daß dem F. außer einer vierteljährig zu entrichtenden Provision von ½ % von den zu creditirenden Summen (deren Minimalbetrag auf fl. 75 festgesetzt wird) für seine Vorschüsse 5% jährlich vergütet würden, während den Schmidt'schen Eheleuten im Falle, daß sie in Vorschuß kommen sollten, nur 3% zu Gute zu schreiben seien. Dagegen kauft

2. F. nach dem zweiten Vertrage die in einer Anlage verzeichneten Mobilien den Schmidt'schen Eheleuten ab und zwar unter folgenden Bestimmungen, daß

a. der Kaufpreis fl. — betrage (§1);

b. daß die fraglichen Mobilien bis zum 15. Okt. 1843 von dem Käufer an die Verkäufer vermiethet werden und daß der Miethzins bei der Kaufsumme bereits in Anschlag gekommen sei (§ 2);

c. daß der Eigenthumsübergang der fraglichen Mobilien durch ein constitutum possessorium geschehen sei (§3);

d. daß die Zahlung des Kaufpreises am 15. Okt. 1843 entweder baar oder durch Aufrechnung etwaiger Forderungen, welche an diesem Tage dem F. gegen die Schmidt'schen Eheleute zustehen möchten, zu geschehen habe (§ 5);

e. daß den Schmidt'schen Eheleuten ein Rückkaufsrecht der fraglichen Mobilien bis zum 14. Okt. 1843 offen stände für den Fall, daß F. zuvor für alle Forderungen, die er dann gegen die Schmidt'schen Eheleute habe, vollständig befriedigt sein würde (§ 6);

f. daß, falls F. es verlange, die Schmidt'schen Eheleute verbunden seien, die fraglichen Mobilien für dieselbe Kaufsumme am 15. Okt. 1843 wieder zurückzukaufen (§ 7);

g. daß die Schmidt'schen Eheleute die Brandassecuranz der Mobilien während der Dauer der Miethzeit (§ 8), sowie die Kosten dieses Vertrages (§ 9) zu tragen haben;

h. daß beiderseitige Contrahenten auf alle wider diesen Vertrag etwa zustehenden Einreden, besonders auf die Einrede des Irrthums, des anderen Sachverhalts, der Verletzung über die Hälfte oder wie sie sonst Namen haben oder erdacht werden möchten, verzichten.

F. erhebt nun Klage, und zwar vindicirt er aus dem 2. Vertrage die Mobilien, und verlangt aus dem 1. eine, abzüglich des Kaufpreises der Mobilien aufgestellte Contocorrentforderung von fl. —. Die beklagtischen Eheleute opponiren die Einrede der Stundung und dem ersten Klagantrag gegenüber die Einrede der Verletzung über die Hälfte. Das Stadtgericht und das Appellationsgericht wiesen den Kläger wegen der Einrede der Stundung „zur Zeit" ab. Als die Verhandlungen in dritter Instanz schwebten, brach über das Vermögen des C. F. Schmidt Concurs aus und das Oberappellationsgericht wies am 8. Okt. 1849 unter Wiederaufhebung der ergangenen Erkenntnisse die Sache zur etwaigen weiteren Instruktion und abermaligen Entscheidung (§ 132 der O.-A.-G.-O.) an das Stadtgericht zurück, bei welchem der Curator der Debitmasse für den Fall der Beseitigung der Einrede der Stundung auch die weiteren Einreden, nämlich

1. die Einrede der **laesio enormis**,

2. die vom Curator in dritter Instanz erhobene Einrede des Zinswuchers gegen die Contocorrentforderung (F. habe fortwährend Zinsen von Zinsen und die vierteljährige Provision immer zu fl. 75, obgleich nie ein entsprechender Umsatz stattgefunden habe, berechnet) vorzubringen habe.

Als die Streitsache wiederum bei dem Stadtgerichte instruirt wurde, ergänzte der Curator die letztere Einrede noch dadurch, „F. habe sich auch höhere Zinsen, als den Schmidt'schen Eheleuten berechnet" und „F. habe bei der Zinsenberechnung auch das Kaufgeld der Mobilien in Abzug zu bringen" (der letztere Punkt wurde später fallen gelassen), und schützte gegen die Vindicationsklage noch

3. die Einrede des **in fraudem legis commissoriae** abgeschlossenen Vertrages vor. Es hatten sich nämlich noch vor Beginn der abermaligen Instruction bei dem Stadtgerichte der Curator und F. in Betreff der vorliegenden Prozeßsache für den Fall verglichen, daß innerhalb sechs Wochen dem F. der Consens des Concursgerichtes und der Schmidt'schen Creditoren beigebracht werde. Das Stadtgericht hatte auch am 8. Febr. 1850 den Vergleich genehmigt, weil die Mehrzahl der angemeldeten Gläubiger, der Größe ihrer Forderungen nach, in Folge des zur Tagfahrt angedrohten Präjudizes, daß die Nichterscheinenden als zustimmend betrachtet würden, in den Vergleich consentirt hätte. Einzelne Creditoren vereinigten sich zu einer Appellation gegen die Vergleichsgenehmigung, und nachdem F. intervenirt, auch der Curator in Bezug auf die Appellation und Intervention sich erklärt hatte, erkannte auf Antrag von Aktenversendung von Seiten der Appellanten das Spruchcollegium zu Jena am 10. Febr. 1851, daß unter Kostencompensation dem abgeschlossenen Vergleiche die richterliche Bestätigung zu versagen sei, weil die Majorität der Gläubiger im Concurse einen die Minorität bindenden Vergleich mit einem Concursgläubiger nicht abschließen und die erhobene Eigenthumsklage noch jetzt durch die Einrede des **in fraudem legis commissoriae** abgeschlossenen Vertrages beseitigt werden könne.

Die vindicirten Mobilien wurden im Laufe der Prozeßver-

handlungen mit Einwilligung sämmtlicher Interessenten um die Summe von fl. — verkauft, und der Erlös verzinslich angelegt, so daß nunmehr dieser Kaufpreis sammt Zinsen an die Stelle der Mobilien getreten ist.

Der Ehefrau des Cridars wurde eine Separation ihres Vermögens nicht gestattet.

Das Stadtgericht erkannte am 20. Aug. 1852:

A. die Klägerin hat einen anderweiten Contocorrent per 1. Jan. 1846 aufzustellen und einzureichen, in welchem

1. der Contocorrent nicht vierteljährig, sondern halbjährig abzuschließen ist;

2. für die von der Klägerin geleisteten Zahlungen im Soll Zinsen zu 5% per Jahr und für die von den Schmidt'schen Eheleuten abbezahlten Beträge Zinsen zu 3% im Haben aufgebracht werden;

3. die Provision nur im halbjährigen Betrage von ½% der betreffenden im Soll des Contocorrents aufgeführten Zahlungen zu berechnen ist;

4. von dem sich am Schluß des Jahres 1845 herausstellenden Saldo seit diesem Zeitpunkt jährliche Zinsen zu 5% in Anrechnung zu bringen sind.

B. die Klägerin ist für den sich hiernach ergebenden Contocorrentsaldo aus dem verzinslich angelegten Mobiliarerlöse von fl. — und dessen Zinsen, soweit zureichend zu befriedigen und mit dem unberichtigt bleibenden Betrag auf die Unzulänglichkeit der Masse zu verweisen.

C. Die C. F. Schmidt'sche Ehefrau ist schuldig, der Klägerin die Hälfte des unbezahlt bleibenden Guthabens an Kapital und Zinsen zu vergüten — — — —

D. die Kosten werden compensirt.

Auf beiderseitige Appellation bestätigte das Appellationsgericht am 24. Nov. 1852 unter Verurtheilung jeglichen Theils in die durch seine Beschwerdeführung entstandenen Kosten das stadtgerichtliche Urtheil.

Auf beiderseitige Oberappellation änderte das Oberappellationsgericht am 28. Januar 1854 unter Vergleichung der

durch Klägers Appellation in zweiter Instanz entstandenen Kosten (die Beklagte hatte keine Beschwerde in Betreff der dort ausgesprochenen Kostenverurtheilung geführt), sowie der Kosten dritter Instanz die pos. B. u. C. des stadtgerichtlichen Urtheils dahin ab, daß Kläger, soviel

1. die Vindication des von ihm erkauften Schmidt'schen Mobiliars betrifft, zur Erhebung des durch Weiterkauf daraus gezogenen, verzinslich angelegten Erlöses von fl. —, sowie der davon bisher erwachsenen oder ferner fällig werdenden Zinsen zu befugen; anbelangend aber

2. die Ansprüche aus dem Contocorrent mit dem nach Abzug des noch rückständigen Mobiliarkaufpreises von fl. — auf den Saldo des neu aufzustellenden Contocorrents sich etwa ergebenden Reste seiner Forderung auf die Insufficienz der Masse zu verweisen sei.

167. Einrede des in fraudem der lex commissoria geschlossenen Vertrages. Nothwendigkeit einer Simulation.

Die stadtgerichtliche Entscheidung hat — — lediglich die Einrede des **in fraudem** des Verbots der **lex commissoria** geschlossenen Vertrags zum Gegenstande — und indem die vorderen Erkenntnisse zu dem Resultate gelangen, — daß unter Form und Schein eines Kaufes damals zwischen dem Kläger und den Schmidt'schen Eheleuten nur eine mit verdeckter **lex commissoria** verbundene und insoweit ungültige, im Uebrigen aber zu Recht beständige Verpfändung des Mobiliars stattgefunden habe, ist Kläger nur in diesem Maße, sich an die daraus gezogenen Gelder zu halten — — — durch das stadtgerichtliche Decisum **sub B.** ermächtigt worden.

Bezüglich dieser — Einrede des Curators würde nun

1. die von diesem selbst schon in voriger Instanz erhobene und jetzt weiter verfolgte Beschwerde, daß nicht auf Grund des gedachten Einwandes der ganze über das Mobiliar am 21. Juni 1841 geschlossene Vertrag für absolut nichtig erklärt worden und demgemäß dem Kläger jedes Vorzugsrecht an dem Mobiliarerlöse abgesprochen und solcher der Masse zuerkannt, Kläger aber mit

seiner ganzen Contocorrentforderung als einfacher Concursgläubiger auf das zu erwartende Rangurtheil, jetzt die Insufficienz der Masse verwiesen sei, selbst dann keine Berücksichtigung finden können, wenn den vorderen Richtern in derjenigen Auffassung und Beurtheilung beizutreten wäre, welche sowohl der angefochtene Kaufcontrakt, als die dawider vorgebrachte — Einrede gefunden hat. Indessen bedarf es keines nähern Eingehens auf die zu Rechtfertigung jener Beschwerde beliebten Deduktionen des Curators, und kann vielmehr unter sonstiger Bezugnahme auf die stadt- und appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe die Bemerkung, daß dasjenige **in fraudem legis agere**, bei welchem dem eigentlich beabsichtigten, aber gesetzlich verbotenen Geschäfte ein anderes, an sich erlaubtes substituirt wird, zwar insofern immer einen ernstlichen Geschäftsabschluß enthält, als die Umgehung jenes Verbots beabsichtigt wird und bewirkt werden soll, daß aber, abgesehen von solcher Umgehung das äußerlich geschlossene Geschäft gar nicht in den Intentionen der Partheien liegen würde und sonach eine **simulatio** nothwendig mit dem **in fraudem legis agere** coincidirt, beides also, wie auch schon

Gl. emptione ad L. 2 C. plus valere etc. (4, 22)

Gl. contra ad L. 29 D. de legib. (1, 3)

anerkennt, wesentlich einander verwandt ist, und daß hiernach auf den Mangel ausdrücklichen Vorschützens der **exceptio simulationis** vorliegend ohne Grund ein so erhebliches Gewicht, wie Seitens des Curators geschieht, gelegt worden ist, vollkommen zur Beseitigung der von diesem eingewandten Appellation genügen; da

2. das gesammte, zu Anfechtung des Kaufcontrakts in den jetzigen Verhandlungen erst erfolgte neue exceptivische Vorbringen des Curators keine Berücksichtigung weiter finden darf, und der deßfalls vom Kläger von vornen herein erhobene Widerspruch, sowie dessen wegen Zulassung gedachter neuer Einrede — — erhobene — — Beschwerdeführung für vollkommen begründet anzuerkennen war. Zwar wird, wenn Kläger zunächst

a. die Verwerfung gedachter Einrede aus dem formell-prozessualischen Grunde verlangt hat, weil dieselbe in der ersten Prozeßverhandlung und Seitens des Cridars selbst nicht vorgebracht,

damit aber verspätet und unzulässig sei, hierin demselben nicht beigetreten werden können. Denn obschon das Verbot der **lex commissoria** beim Pfandgeschäfte im privatrechtlichen Interesse bedrängter Schuldner ergangen ist, so wird doch, soll nicht der beabsichtigte Schutz ganz illusorisch sein, jenes Interesse als ein solches, auf welches der Schuldner zum Besten des Gläubigers mit Effekt nicht verzichten könne, behandelt werden, folgeweise also auch die Nichtvorschützung der aus Uebertretung jenes Verbots dem Schuldner erwachsenden Einrede für letzteren unpräjudicirlich sein müssen, gleichviel, ob die Uebertretung direkt oder indirekt geschehen, der Pfandanfall offen bedungen oder durch andere Stipulationen verdeckter Weise gesichert sei. Selbst **ex officio** wird daher der Richter, wo aus den Partheivorträgen sich eine Uebertretung jenes Verbots klar ergibt, dies berücksichtigen dürfen, vollends aber darauf einzugehen haben, wo der Schuldner oder dessen Vertreter ausdrücklich, wenn auch erst hinterher, wie hier, eine solche behauptet. — — — —

Dahingegen hat Kläger

b. mit Recht die fragliche Einrede für materiell unbegründet erklärt und aus diesem Grunde deren Verwerfung beantragt, wobei denn die aus früheren Anerkennungen des Kaufcontrakts abseiten des Cridars, der Gerichte, wie des Curators vom Kläger entnommene Replik des Verzichtes nicht weiter in Betracht kommt und unerörtert bleiben kann. Bekanntlich ist nämlich

α. nur beim Pfandvertrage das **pactum commissorium** gesetzlich verboten und wenngleich darüber kein Zweifel bestehen kann, daß die an Uebertretung dieses Verbotes geknüpften Folgen auch da eintreten, wo nicht sowohl direkt zu Gunsten des Gläubigers ein Anfall des Pfandobjekts für die etwa ungetilgt bleibende oder nicht rechtzeitig getilgte Schuld stipulirt ist, sondern die Partheien solchen Heimfall durch Nebenbestimmungen oder durch eine Combination anderweiter, an sich erlaubter Abreden zu verdecken gesucht und so **in fraudem legis** dem Gläubiger in Ansehung der verpfändeten Sachen solche Befugnisse gewährt haben, welche indirekt auf dasselbe Resultat hinauslaufen, wie wenn demselben unmittelbar zugesagt wäre, daß er bei Nichtzahlung der Schuld

für diese das Pfand zu Eigenthum er- und behalten solle, so wird doch hierbei einerseits immer dies vorausgesetzt, daß ein wirkliches Pfandverhältniß offensichtlich oder erweislich zwischen den Contrahenten beabsichtigt gewesen sei oder bestanden habe, und ist andererseits mit dem Verbote der lex commissoria nicht ausgeschlossen, daß ein Gläubiger, welcher seinem Schuldner nicht traut und noch andere und größere Sicherheit, als ihm ein Pfandrecht, selbst unter Hinzutritt der lex commissoria, gewähren würde, für unerläßlich hält, solche durch anderweite an sich erlaubte Geschäfte und Stipulationen sich verschaffen dürfe. Nun aber kann

β. vorliegenden Falls zwar soviel als zweifellos angesehen werden, daß Kläger den in Frage stehenden complicirten Vertrag nur geschlossen habe, um sich für seine dermaligen und fernerweiten Forderungen an Schmidt Sicherheit zu verschaffen und für den später, obschon erst viele Jahre nachher eingetretenen Fall eines Concurses seines Schuldners thunlichst der Deckung seiner Ansprüche gewiß zu sein. Auch mag zugegeben werden, daß die in gedachtem Contrakt wegen Rückkaufs und Rückverkaufs des Mobiliars, wegen dessen sofortiger Uebertragung in das Eigenthum des Klägers und doch fortdauernder Belassung desselben in unentgeltlichem Gebrauche der Schmidt'schen Eheleute, wegen dessen Versicherung und Conservation u. s. w. getroffenen Stipulationen den Schuldner für den Fall nicht rechtzeitiger oder unvollständiger Befriedigung des Klägers in eine fast ebenso nachtheilige Lage zu bringen im Stande waren, als wenn er sich zu einer Verpfändung der Mobilien sub lege commissoria verstanden hätte. Allein abgesehen davon, daß der Entwurf des angeblich nur auf Uebervortheilung Schmidt's berechneten Kaufgeschäfts von Letzterem selbst oder dessen Anwalte nach der unwidersprochen gebliebenen Angabe Klägers herrühren soll und daß jedenfalls Letzterer sich nicht beeilt hat, die von der verdeckten lex commissoria zu gewärtigenden Vortheile sich anzueignen und zu sichern, so ist theils darauf, daß die Intention der Partheien auf Bestellung eines bloßen Pfandrechts gerichtet gewesen, weder in dem Inhalte der betreffenden Urkunde irgend welcher Hinweis erfindlich, noch ein ausreichend sicherer Rückschluß aus den bei dem Verkaufe beliebten Modalitä-

ten zu ziehen oder damit gegeben, daß unter gewissen Voraussetzungen und möglicher Weise das Resultat für den Schuldner ein ähnliches oder vielleicht gar ein gleich ungünstiges werden konnte, wie wenn eine Pfandbestellung **sub lege commissoria** geschehen wäre. Anderntheils kommt in Betracht, daß, wie Kläger nur eventuell um Aufrechthaltung des angefochtenen Abkommens als eines Pfandcontrakts gebeten hat, **principaliter** aber dasselbe lediglich als einen Kaufcontrakt bezeichnete und behandelt zu sehen verlangte, wodurch er sofort, wenn auch nicht schlechthin unwiderruflicher Weise, wahrer Eigenthümer des Mobiliars habe werden sollen und wirklich geworden sei; — so auch Beklagter bei Ausführung seines **gravamen** sowohl in voriger, als jetziger Instanz entschieden dagegen remonstrirt, den Vertrag, welcher lediglich ein ernstlich gemeintes Kaufgeschäft darstelle und nach keines der Contrahenten Absicht ein Pfandcontrakt habe sein sollen, als solchen aufzufassen, und aus der bloßen Absicht einer Sicherheitsbestellung oder aus dem einer Verpfändung ähnlichen Resultat den wirklich erfolgten Abschluß und die Intention einer Pfandbestellung folgern zu wollen, — daß sonach eigentlich beide Theile darin, daß man einen Pfandvertrag nicht gewollt habe und daß Nichts als ein Kaufcontrakt beabsichtigt und geschlossen worden, einig, und nur insofern verschiedener Ansicht sind, als Kläger die Rechtsgültigkeit dieses Kaufs, der Curator dagegen dessen Ungültigkeit vertreten zu können meint. Unzulässig aber erscheint es ohne deutlichen Hinweis auf eine wirklich vorgekommene Simulation, ohne ausreichenden Beweis über die eigentliche Intention der Contrahenten, gegen die übereinstimmenden Aeusserungen der Partheien dem Vertrag einen durch dessen Wortlaut in keiner Weise unterstützten Sinn zu substituiren, um mittelst einer lediglich unter solcher Voraussetzung denkbaren oder begründeten Einrede das anfänglich ganz unumwunden anerkannte Geschäft hinterher noch anfechten zu können.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

IV. Die Erörterung darüber, ob in der erwähnten Uebereinkunft ein commissorischer Vertrag enthalten sei, nicht unterbleiben kann, weil das Gericht die auf einen solchen in den Gesetzen ver-

botenen Vertrag gegründete Klage schon von Amtswegen zurückzuweisen; daß

V. die fragliche Uebereinkunft zwar einen Verkauf und beziehungsweise Miethvertrag mit angefügtem **pactum de retrovendendo et retroemendo**, in der Wirklichkeit aber eine Verpfändung und zugleich ein **pactum commissorium** enthält, da

1. die Vergleichung der beiden Verträge vom 21. Juni 1841 zeigt, daß der zweite Vertrag nur die Sicherung der Klägerin für ihre aus dem ersten Vertrag entstandenen Forderungen bezweckte, und dadurch bewirkt werden sollte, daß der Klägerin für den Fall des nicht bis zum 14. Oktober 1843 erfolgenden Rückkaufs und der Zahlung des Kaufpreises von fl. — Seitens der Schmidt'schen Eheleute, das ihr bereits durch den Kauf und das damit verbundene **constitutum possessorium** erworbene Eigenthum an den fraglichen Mobilien unwiderruflich verbleibe, wenn sie nicht etwa vorziehen würde, von der ihr nach § 7 des zweiten Vertrages zustehenden Befugniß Gebrauch zu machen und die Schmidt'schen Eheleute nachher noch zum Rückkauf der Mobilien anzuhalten; da

2. mithin offenbar die verschiedenen in dem Vertrage enthaltenen Bestimmungen die Klägerin in die nämliche vortheilhafte, die Schmidt'schen Eheleute hingegen in die nämliche nachtheilige Lage versetzen sollten, welche für dieselben vorhanden wären, wenn die Schuldner ihrer Gläubigerin die betreffenden Mobilien ausdrücklich zum Faustpfand übergeben und zugleich eingeräumt hätten, daß wegen nicht zur gehörigen Zeit erfolgter Zahlung das Pfand ohne dessen Veräußerung, ihr, der Gläubigerin verfallen sein solle; da

3. die Absicht der Contrahenten durch den mehrgedachten Vertrag das gesetzliche Verbot der **lex commissoria** zu umgehen, überdies noch durch den Umstand bestätigt wird, daß die in dem § 2 enthaltene Vermiethung der Mobilien an die Schmidt'schen Eheleute auch nur zum Schein und ohne irgend einen bestimmten Miethzins stattgefunden hat, indem die Angabe daß solcher schon bei der Kaufsumme mit in Anschlag gekommen sei, sich als durchaus unrichtig herausstellt; da

4. die in dem § 8 des Vertrages den Schmidt'schen Eheleuten gemachte Auflage, die fraglichen Mobilien in einer guten Brandassecuranz versichert zu halten, ebenfalls nur bezweckte, die die Klägerin als Käuferin und Eigenthümerin der Mobilien treffende Gefahr des Unterganges derselben durch Brand von ihr abzuwenden und ihr auf Kosten der Schmidt'schen Eheleute die nämliche Sicherheit zu gewähren, welche sie bei dem Pfandbesitze der so assecurirten Mobilien gehabt haben würde; da

5. die den Schmidt'schen Eheleuten in dem § 6 des Vertrages eingeräumte Befugniß, die an die Klägerin für fl. — verkauften Mobilien bis zum 14. Oct. 1843 um diesen Preis wieder zurückzukaufen, durch die angefügte Auflage, auch etwaige sonstige Forderungen der Klägerin zu befriedigen, beschränkt und paralisirt, diese letztere aber hierdurch in der Wirklichkeit als mittelst der fraglichen Mobilien gesicherte Pfandgläubigerin dargestellt wird und da

6. der in dem Vertrag vom 21. Juni 1841 festgesetzte Kaufpreis nur fl. — beträgt, während die fraglichen Mobilien nach siebenjähriger Abnutzung für fl. — dem N. N. — käuflich überlassen worden sind, mithin der vorhergedachte Kaufpreis von fl. — den wahren Werth der Mobilien zur Zeit des Abschlusses des Vertrages bei weitem nicht erreicht hat, aus welchem Grunde schon allein nach der Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer bei einem Verkaufe mit angefügtem **pactum de retrovendendo** eine simulirte commissorische Verpfändung anzunehmen ist;

in fernerer Erwägung, daß

VI. wenn, wie die Klägerin in der Gegenerklärung angibt, mehrfache Anerkennungen der Rechtsbeständigkeit und Aufrichtigkeit des Vertrages vom 21. Juni 1841 vorhanden wären, solche bei dessen unverkennbarer Simulation unwirksam sein müßten, weil überhaupt einem gesetzlich verbotenen Vertrage durch dessen nachherige Anerkennung ebensowenig aufgeholfen werden, als insbesondere der Schuldner auf das ihm aus dem Verbot der **lex commissoria** zustehende Recht mit Erfolg verzichten kann; daß

VII. diesem allem nach zwar das in dem Vertrage formell abgeschlossene Rechtsgeschäft sich materiell in einen mit der commis-

sorischen Klausel versehenen Pfandvertrag auflöst, dieser aber durch jene nicht vitiirt wird und vielmehr unerachtet der Nichtigkeit der letzteren aufrecht erhalten bleibt, dergestalt, daß Klägerin sich in Folge des ihr zustehenden vertragsmäßigen Pfandrechts und des § 54 der Wechselordnung vom Jahr 1739, sowie des Abschnitts B. des Gesetzes vom 10. Januar 1837 für ihr gesammtes Guthaben an dem Erlöse der inzwischen verkauften Mobilien erholen kann.

Das Appellationsgericht berief sich auf die vorstehenden Entscheidungsgründe des Stadtgerichtes, sowie auf die des Spruchcollegs zu Jena, das, wie oben angeführt worden ist, am 10. Febr. 1851 ein Urtheil in Betreff des beabsichtigten Vergleiches abgegeben hatte. Aus diesem letzteren Erkenntniß theilen wir noch Folgendes mit:

—— Anscheinend liegt nun zwar ein erlaubtes Geschäft vor, da durch die L. 3 C. de pactis pign. (8. 35) nur die Verpfändung sub lege commissoria, nicht aber ein Verkauf mit angehängtem pactum de retrovendendo verboten ist. Allein wenn durch letztern dasselbe praktische Resultat, wie durch erstere herbeigeführt werden soll, so muß diesem Einhalt gethan werden, weil widrigenfalls das Verbot illusorisch würde, sobald dasselbe Resultat ebenso leicht auf einem anderen Weg, nur unter anderen Namen und Formen erreicht werden könnte. Es haben daher ältere, wie neuere Rechtslehrer von jeher übereinstimmend gelehrt, daß alle in fraudem legis commissoriae abgeschlossene Rechtsgeschäfte, namentlich Verkäufe cum pacto de retrovendendo nichtig seien (Westphal Pfandrecht p. 381. Gesterding Pfandr. 2. Aufl. p. 235. Sintenis Pfandr. § 28 p. 256. 257. von Holzschuher Theorie und Casuistik des gem. Civ. R. 2 Th. 1 Abth. p. 432 zur Fr. 5 a. E. insbesondere: A. D. Weber Versuche über das Civilr. 5 Abth. § 9 [dessen Worte Seuffert in den Erörterungen 2. Th. p. 102 absichtlich wörtlich wiedergegeben hat] Warnkönig im Archiv für civ. Praxis B. 24 p. 377 ff.) Noch der jüngste Schriftsteller über Pfandrecht (Bachofen das römische Pfandr. 1. B. p. 622 ff.) bemerkt mit Recht: „alle Fälle, welche unter der Form des Kaufes die Substanz des commissorischen Vertrags verbergen, werden von dem Gesetze Constantins erreicht.

Die Anwendung auf die einzelnen Fälle muß durchaus dem Richter überlassen werden. **Bonus judex varie ex personis causisque constituet (L. 38 D. de r. v. 6. 1).**" — — — Es kann kein Zweifel obwalten, daß der ganze Vertrag darauf berechnet war, dasselbe drückende Resultat für den Schuldner, wie durch eine Verpfändung **sub lege commissoria** hervorzubringen, so daß er **contra legis voluntatem** streitet. — — Ob übrigens Kläger bei dem ganzen Vertrag **in mala** oder **in bona fide** gewesen ist, erscheint als vollkommen gleichgültig. Denn das Gesetz will hier nicht den **dolus** des Gläubigers bestrafen, sondern die Schuldner von einem lästigen und drückenden Vertrag (**asperitas legis commissoriae**) befreien, der für sie gleich drückend bleibt, mag der Gläubiger **bona** oder **mala fide** gehandelt haben. So wenig daher der Gläubiger sich darauf berufen kann, daß er das Verbot nicht gekannt und daher **bona fide** gehandelt habe, ebensowenig könnte der Kläger sich darauf berufen, daß er nicht geglaubt habe, daß dieser zweifelsohne von einem Juristen entworfene Vertrag gegen die **lex commissoria** verstoße. Denn die Gefahr für den Schuldner wird dadurch um Nichts vermindert und der Fall paßt dadurch um Nichts weniger unter die oben hervorgehobenen Worte der **L. 5. C. de legibus (1, 14) „non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem.**

168. Verzicht auf die **exceptio laesionis enormis**. Befugniß des Richters, die rechtlichen Folgerungen aus den vorgebrachten Thatsachen zu ergänzen.

Der Erfolg der klägerischen Vindication hängt — — einzig und allein davon ab, inwieweit die — — vom Cridar dem Kaufe opponirte Einrede der **laesio enormis** für stattnehmig zu erachten — sei. In dieser Hinsicht — — -- muß aber jedenfalls die **exceptio laesionis enormis** in Folge des im § 10 des Kaufcontrakts ausdrücklich darauf geleisteten Verzichtes und wegen der hieraus sowohl schon bei der früheren Verhandlung der Sache, wenngleich erst in der Appellationsinstanz, als auch bei der jetzigen Wiederaufnahme der Sache gleich anfangs und ganz bestimmt entnommenen Replik verworfen werden.

a. Als formell unzulässig, weil nicht rechtzeitig vorgebracht, ist weder in den damaligen Verhandlungen von den Beklagten diese Replik bezeichnet worden, welche vielmehr — — ohne alle Einwendung sich darauf einließen, noch auch könnte, wenn dies nicht der Fall oder der Curator durch und an jene Einlassung des Cridars nicht gebunden wäre, die Zulässigkeit irgend einem Bedenken unterliegen. Denn mag es auch zweifelhaft erscheinen, ob mit dem weiteren, damals gleichfalls vom Stadtgerichte zum Beweise verstellten replikarischen Einwand, es hätten Beklagte den wahren Werth ihres Mobiliars gekannt und wissentlich dasselbe zu fl. — verkauft, auch schon **implicite** die hier in Frage stehende Replik des Verzichtes vorgebracht gewesen sei, und ob solchergestalt dessen bestimmte **in appellatorio** erfolgte Geltendmachung nur als Explication eines bereits durch das erste Verfahren **in litem** deducirten Streitpunkts sich darstelle, so war doch der den Verzicht enthaltende Contrakt vom Kläger alsbald zu den Akten gebracht, auch der Antrag auf Verwerfung der Einrede der **laesio enormis** gehörig und rechtzeitig gestellt, mithin schon, ehe die in Frage stehende Replik ausdrücklich geltend gemacht wurde, sowohl die Thatsache des Verzichtes durch den Kläger aktenmäßig geworden, als dessen Wirkung in Anspruch genommen; und die rechtliche Folgerung zu ziehen, daß jener Verwerfungsantrag durch gedachte Thatsache rechtlich begründet werde, darf nach

L. un. C. ut quae desunt (2, 11)

unbedenklich als innerhalb des **officii judicis** belegen erachtet werden. Aber auch

b. in materiellem Betrachte kann gedachte Replik des Verzichtes keinerlei Bedenken unterliegen; denn daß an sich ein solcher Verzicht gültig sei, wird allgemein anerkannt,

Glück Commentar Theil 17 **p. 84 u. not. 23,**

und wie es hierbei gleichgültig ist, ob der Verkäufer den wahren Werth gekannt habe oder nicht, oder ob er nur aus Noth sich zum Verkaufe verstanden habe

Vinii select. quaest. I, 56.

Glück a. a. O. 82 flg.

v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilr. III. § 147

so kann auch der Umstand, daß in der Verkaufsurkunde selbst der Verzicht geleistet worden ist, für erheblich nicht erachtet

Fr. S. Rieger c. Stüntzi 1836

und der Einwand nur für völlig frivol erklärt werden, daß die Verbindung dieses speciellen Verzichtes mit der generellen Entsagung auf alle Einreden ersteren zu einer bedeutungslosen Formel mache.

169. Quartalabschlüsse laufender Rechnungen und Provisionsberechnung ohne Rücksicht auf den Rechnungsstand fallen unter den Begriff des Zinswuchers.

Die Einrede des Zinswuchers anbelangend, so kann

1. deren formelle Zulässigkeit keinem Bedenken unterliegen; denn an sich und im Allgemeinen liegt es eben so sehr in den Officialpflichten als Rechten der Gerichte auf die gehörige Befolgung der Wuchergesetze zu sehen, und kann es hierbei nach Sinn und Zweck dieser Verbote, wie nach Wortlaut der betreffenden Gesetze

vergl. Reichspolizeiordnung von 1577 tit. 17 § 1 flg.

auf die Form nicht ankommen, in welche zur Verdeckung des Wuchers die auf unerlaubten Vortheil des Gläubigers berechnete Stipulation oder Forderung gekleidet ist, so daß, wo solcher klar aus den von den Partheien vorgebrachten Dokumenten oder Angaben erhellt, auch ohne ausdrückliche Vorschützung der **exceptio usurariae pravitatis** der Richter von Amtswegen zur Rückführung der vom Gläubiger erhobenen Ansprüche auf das gesetzliche Maß berechtigt ist. Es steht daher vorliegend

2. nur dies in Frage, ob die vom Curator an dem klägerischen Contocorrent gerügten Punkte wirklich unter die Kategorie eines Zinswuchers fallen oder nur eine unrichtige Berechnungsweise involviren. In dieser Hinsicht ist nun aber, was

a. die Zinsberechnung betrifft, ein Quartalabschluß laufender Rechnungen etwas so durchaus Ungewöhnliches, daß es bei einem Geschäftsmanne, wie Kläger, nicht füglich einem

Zweifel zu unterziehen ist, es sei dies lediglich zu dem Zwecke geschehen, um von der durch kaufmännischen Brauch nun einmal feststehenden Befugniß, von den im jeweiligen Rechnungssaldo mit erhaltenen Zinsen wiederum Zinsen zu berechnen,

vergl. Seuffert prakt. Pand.-Recht § 233 not. 10

möglichsten Vortheil und aus den an Schmidt gemachten Vorschüssen höhere Zinsen zu beziehen. Es bedarf daher kaum noch eines Hinweises darauf, daß zwischen beiden weniger ein gegenseitiger fortlaufender Handels- und Geschäftsverkehr bestand, es vielmehr abseiten Schmidt's von Anfang an sich nur um partielle Abzahlungen auf den ihm gemachten Geldvorschuß handelte, welche von vornen herein so selten erfolgten und später so gänzlich cessirten, daß zu keiner Zeit und auf keiner Seite über den jeweiligen Stand des Credit und Debet ein Zweifel obwalten konnte, und mithin, namentlich einem dem eigentlichen Handelsstande nicht angehörigen Schuldner gegenüber, zu regelmäßigem und so häufig wiederkehrendem Abschluß der Rechnung überhaupt kein ausreichender Anlaß gegeben war oder doch nur in dem Wunsche, mittelst der unter Kaufleuten üblichen Form eines Contocorrents höhere Zinsen auszubringen, erfindlich sein dürfte. Ebenso wenig kann

b. hinsichtlich der Provisionsansätze Kläger als erfahrener Kaufmann irgend in Zweifel gewesen sein, daß er diese in der Handelswelt übliche und neben den eigentlichen Zinsen gestattete Extravergütung, sowohl nach kaufmännischem Brauche, als nach der dieserhalb im §. 2 des Contrakts vom 21. Juni 1841 getroffenen Stipulation nur nach Maßgabe der dem Schmidt gemachten, resp. belassenen Vorschüsse in Ansatz bringen durfte, und wird man sonach dem Stadtgerichte darin beitreten können, daß in dem ganz unmotivirten Vortheile, welchen Kläger aus seinen Geldvorschüssen an Schmidt dadurch beziehen wollte, daß er ohne alle Rücksicht auf den jeweiligen Geschäfts- und Rechnungsstand eine Quartalprovision von fl. 75 in Ansatz brachte und zu weiterer Verzinsung stellte, nicht etwa blos eine irrthümliche Rechnungsstellung, sondern eine bewußt-unberechtigte Nutzung seiner dem Schmidt creditirten Gelder, sonach ein civilrechtlich keines-

falls zu gestattender Zinswucher liege, auf dessen Beseitigung selbst ex officio hätte gedrungen werden dürfen, sonach in Folge der dieserhalb, wenn auch erst nachträglich vom Curator erhobenen Einwände mit vollem Rechte vorliegend erkannt ist.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

VIII. — — die sich als wucherlich herausstellenden stipulirten Zinsen oder sonstige Vergütungen, weil gesetzlich verboten und unklagbar, jedenfalls von dem Gerichte ex officio zu verwerfen sind; daß

IX. nach kaufmännischer Uebung bei Creditgeschäften in laufender Rechnung

1. die Rechnungsabschlüsse jährlich oder auch halbjährig stattfinden und in Folge Vertrags der jeweiligen Saldi auf neue Rechnung von den zum Kapital geschlagenen Zinsen, demnächst wiederum Zinsen vergütet werden, ferner

2. für die geleisteten im Soll des Contocorrents aufgeführten Zahlungen höhere Zinsen, als für die des Haben berechnet werden, und

3. die Berechnung einer Provision von $\frac{1}{3}$ oder auch von $\frac{1}{2}$ % der jeweiligen in dem Soll des Contocorrents enthaltenen Zahlungen zulässig erscheint; daß

X. in Anwendung der vorbemerkten Grundsätze auf den vorliegenden Fall

1. der Kläger nicht vierteljährig, sondern nur halbjährig den Contocorrent abschließen und den jeweiligen Saldo vortragen durfte,

2. die Bestimmung in § 2 des 1ten Vertrages (der Geschichtserzählung) rücksichtlich des Zinsfußes so zu erklären und auszuführen ist, daß für die von dem Kläger geleisteten Zahlungen im Soll des Contocorrents Zinsen zu 5 per Ct. per Jahr und für die von den Schmidt'schen Eheleuten abbezahlten Beträge Zinsen zu 3 per Ct. im Haben aufgebracht werden,

3. die vorher angezogenen im § 2 enthaltene Stipulation einer vierteljährigen Minimalprovision von fl. 75 als dem erwähnten Handelsgebrauche widerstreitend und einen gesetzlich verbotenen Zinswucher involvirend zu verwerfen, mithin die fragliche Pro-

vision nur im halbjährigen Betrage von $^1/_2$ per Ct. der betreffenden im Soll des Contocorrents aufgeführten Zahlungen zu berechnen ist,

4. hiernach eine Berichtigung der im Uebrigen nicht beanstandeten beiden Corrente, beziehungsweise die Aufstellung eines neuen Contocorrents von Seiten der Klägerin vorzunehmen ist, welcher sich mit dem Jahr 1845, in dessen Lauf die letzten im Haben aufgeführten Zahlungen geschehen sind, schließt und

5. in Anbetracht der vertragsmäßig stipulirten jährlichen Verzinsung und des somit durch den inzwischen eingetretenen Concurs über das C. Fr. Schmidt'sche Vermögen nicht unterbrochenen Zinsenlaufs von dem sich am Schluß des Jahres 1845 herausstellenden Saldo seit diesem Zeitpunkte jährliche Zinsen zu 5 per Ct. zu berechnen sind.

LXXIV.

J. M. Sch. dahier, Kläger
contra
dessen Ehefrau M. E., geb. D. dahier, Beklagte.

Das Stadtgericht erließ am 15. Sept. 1848 das Interlokut:

Würde der Kläger seine Angaben (beharrliche Verweigerung der ehelichen Pflicht, unversöhnlichen Haß der Beklagten gegen ihn, Bemühung der Beklagten, den Kläger durch Verläumdung früher um sein Geschäft, jetzt um seinen Dienst zu bringen) sämmtlich oder theilweise — beweisen, so soll vorbehältlich der Beurtheilung des Gewichtes der einzelnen Thatsachen — — weiter ergehen, was Rechtens. Kläger trat seinen Beweis durch Zeugen an.

Das Stadtgericht erkannte am 26. Jan. 1852:

Würde Kläger — zur Erfüllung des Beweises schwören, „daß er nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht anders wisse

und glaube, als daß die Beklagte ihn des Führens falscher Schlüssel und des Diebstahls von Oel, Eisen, Holz auf der Taunus-Eisenbahn beschuldigt habe", so soll

1. die zwischen dem Kläger und der Beklagten bestandene Ehe als aufgelöst erklärt,

2. dem Kläger die Erziehung seines mit der Beklagten erzeugten Kindes zugesprochen,

3. die durch Dekret vom 7. Febr. 1848 (provisorisch) angeordnete Alimentation für erloschen erkannt und

4. die Beklagte in die Prozeßkosten verurtheilt werden.

Auf Appellation der Beklagten erkannte das Appellationsgericht am 7. Febr. 1854 unter Kostencompensation abändernd:

1. Es werden die S.'schen Eheleute auf drei Jahre von Tisch und Bett getrennt;

2. der Ehemann wird schuldig erkannt, während der Dauer dieser Trennung monatlich fl. 8 seiner Ehefrau zu bezahlen;

3. der Sohn ist der Mutter zu überlassen, da die Dienstverhältnisse des Ehemannes dessen stete Abwesenheit von Haus erfordern.

Kläger führte die Oberappellation unter Vorbehalt der späteren Rechtfertigung der Beschwerden ein; später suchte er nach Ablauf der Nothfrist um Restitution nach, seine aufgestellten Beschwerden rechtfertigen zu dürfen. Durch Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 22. Juni 1852 wurde das Restitutionsgesuch verworfen, weil „es nicht auf ein Verschulden des Sachführers, sondern auf andere Thatumstände gegründet war, welche, zumal bei der Unbestimmtheit, mit welcher sie vorgebracht wurden, hierzu nicht für genügend erachtet werden konnten," und Appellant als auf die bisherigen Akten submittirend angesehen. In der Hauptsache bestätigte das Oberappellationsgericht am 7. Febr. 1854 unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten der Instanz das appellationsgerichtliche Urtheil.

170. Haß und fortgesetzte grobe Beleidigungen als Ehescheidungsgründe. Temporäre Trennung der Eheleute ist nicht auszusprechen, wenn sie sich vorher schon als unwirksam erweist.

— — Allerdings zwar gestattet das während der Verhandlung der gegenwärtigen Sache in erster Instanz erschienene Gesetz vom 19. Nov. 1850 im § 15 die gerichtliche Scheidung einer Ehe unter andern auch „wegen unversöhnlichen Hasses" und wegen „harter Mißhandlungen oder fortgesetzter grober Beleidigungen" zu erkennen. Allein es hat der Kläger keinen dieser beiden Scheidungsgründe auch nur zur Hälfte erwiesen. Anlangend nämlich

A. den unversöhnlichen Haß, so ließe sich bei der strikten Auslegung, welcher dieses vom gemeinen Rechte so wesentlich abweichende Gesetz nothwendig unterliegen muß, Manches dafür sagen, daß unter dem unversöhnlichen Haß ein gegenseitiger der Eheleute zu verstehen sei, und einen solchen Haß auch seinerseits hat der Kläger gar nicht einmal behauptet. Allein, geht man auch davon aus, daß es hier, nach dem, den Behauptungen der Klage sich anschließenden rechtskräftigen Beweisinterlocute des Stadtgerichts nur auf den Beweis eines unversöhnlichen Hasses der Beklagten ankomme, so zeugt gegen einen solchen zunächst und vor Allem schon, daß die Beklagte es ist, welche der beantragten Scheidung widerspricht und die Ehe mit dem Kläger fortsetzen will. Schon dadurch ist man genöthigt, das von den Zeugen bekundete Benehmen der Beklagten gegen ihren Ehemann mehr nur als Aeußerungen der augenblicklichen Erbitterung einer rohen und leidenschaftlichen Frau aufzufassen, provocirt durch das Verhalten des Klägers, der — — — — Allein selbst abgesehen hiervon ist ein wirklicher unversöhnlicher Haß der Beklagten — — — keineswegs erwiesen. — — —

Könnte man aber auch aus der Aussage des Zeugen S. einen unversöhnlichen Haß der Beklagten folgern, so würde es doch überhaupt schon mehr als bedenklich sein, denselben dadurch als bis zum Erfüllungseide erwiesen anzunehmen; denn wenngleich darüber, daß die Beklagte dem Zeugen S. jene Mittheilung gemacht habe, durch die Aussage dieses untadelhaften Zeugen ein halber Beweis vorliegt, der zur Erkennung des Suppletoriums

genügt (Ref. I. 39. §. 7.), so fragt es sich doch immer noch, ob die Beklagte wirklich gethan, was sie dem Zeugen gesagt; und dagegen spricht sehr entschieden — — — — Auch würde ja, wenn die Sache sich wirklich so verhielte, der Kläger sie durch — — — vollständig haben beweisen können. Unter diesen Umständen mußte es vollends bedenklich erscheinen, den Kläger zu einem bloßen Glaubenseide darüber zuzulassen. Es ist aber auch nicht einmal so viel erwiesen, um der Beklagten den Reinigungseid aufzuerlegen. Ebenso verhält es sich

B. mit dem Beweise der Beleidigungen des Klägers durch die Beklagte. Denn das Gesetz vom 19. November 1850 setzt als Scheidungsgrund fortgesetzte grobe Beleidigungen voraus. Nun deponiren zwar die Zeugen — — — Allein die Aussagen dieser Zeugen lassen es völlig ungewiß, ob sie nicht über eben dieselben einzelnen Fakta deponiren, und jedenfalls ergibt sich aus ihren Depositionen nicht, daß die Beklagte sich in dem Maße fortgesetzter grober Injurien gegen den Kläger schuldig gemacht habe, wie man nothwendig annehmen muß, daß das Gesetz, indem es dieselben als gültigen Scheidungsgrund sanctionirt, vorausgesetzt habe.

Bei diesem völlig ungenügenden Ergebnisse des Beweises durfte nicht nur nicht, wie vom Stadtgericht geschehen, auf einen Eid erkannt werden, sondern es hätte das Appellationsgericht statt eine temporäre Trennung der Eheleute zu verfügen, billig die Klage ganz abweisen und die Ehegatten anhalten müssen, die eheliche Gemeinschaft, wie es christlichen Eheleuten geziemt, fortzusetzen. Denn wenngleich die verfügte Trennung der Eheleute von Tisch und Bett nach dem §. 15 des mehrgedachten Gesetzes an sich als zulässig erscheint, so kommt doch in vorliegendem Falle in Betracht, daß für den Zweck, welchen der Richter dabei einzig und allein im Auge haben kann, die bisher bereits seit Jahren mit, wie es scheint, nur kurzen Unterbrechungen faktisch stattgefundene Trennung der Eheleute sich als durchaus unwirksam erwiesen hat, und daß daher bei der nach dem Ergebnisse des Beweises vorliegenden Unmöglichkeit einer gänzlichen Scheidung der Ehe nichts anderes übrig bleibt, als die Streittheile zu nöthigen,

sich wieder zu vereinigen, wo denn durch die Nothwendigkeit des Zusammenlebens möglicher Weise erzielt werden wird, was die bisherige Trennung nicht zu leisten vermochte.

Da indessen die Beklagte ihrerseits sich bei dem vorigen Erkenntnisse beruhigt und auch die ihr gebotene Gelegenheit, dasselbe adhaerendo anzufechten, nicht benutzt, vielmehr sich mit ihrer Vernehmlassung in dieser Instanz hat präcludiren lassen, so war es, um nicht in pejus zu reformiren, bei der verfügten temporären Trennung zu belassen.

Das Stadtgericht erkannte:

— — — es liefert doch jedenfalls die unverantwortliche Erdichtung von Diebstählen und Dienstveruntreuungen den Beweis eines unversöhnlichen Hasses gegen den Kläger.

Das Appellationsgericht erkannte:

Wenn in dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse — — dem Kläger der Erfüllungseid — — — auferlegt worden ist, so ist abgesehen von der Frage, ob überhaupt und wenn nicht ganz besondere Umstände eintreten, — in Ehescheidungssachen ein Glaubenseid zum Zweck der Ehetrennung zulässig sei, — wie dies in einem Fall unter ganz besonderen Umständen vom Oberappellationsgericht gestattet worden — hier noch besonders in Erwägung zu ziehen, daß die Beklagte aus formellen Gründen zum Gegenbeweis nicht mehr zugelassen wurde und daß wenngleich das Gesetz vom 19. November 1850 in §. 15 unter den zulässigen Ehescheidungsgründen „unversöhnlichen Haß und fortgesetzte grobe Beleidigungen" anführt, doch in demselben Paragraph verordnet wird, daß durch vorstehende Bestimmungen die Trennung von Tisch und Bett nach richterlichem Ermessen nicht ausgeschlossen sei, daß hier ein Fall vorliegt, wo eine temporäre Trennung der Eheleute gerechtfertigt ist.

LXXV.

Joseph Ritzefeld in Köln, Intervenient

contra

M. S. Sonnemann dahier, Intervent

ad causam

des Letzteren, Klägers

contra

Beylen Forstmann u. Comp. in Rodenkirchen, Beklagte.

In Betreff eines von dem Kläger gegen die Beklagten auf ein Guthaben der Letztern bei J. B. Strunck erwirkten Arrestes tritt Ritzefeld interveniendo mit der Behauptung auf, daß das fragliche Guthaben bereits vorher ihm cedirt worden sei. Dem Interventen wurde rechtskräftig der Beweis seiner Einrede „daß die an den Intervenienten geschehene Cession nur zum Schein und nicht in Wirklichkeit geschehen sei" nachgelassen. Intervent trat seinen Beweis durch Zeugen, Urkunden und Eidesdelation an. Das Stadtgericht erkannte unter Compensation der Kosten erster Instanz auf den Erfüllungseid des Intervenienten. Auf Appellation des Intervenienten erkannte das Appellationsgericht am 5. August 1853 unter Compensation der Kosten 1ter und 2ter Instanz den Beweis bis auf die Eidesdelation für verfehlt und legte dem Intervenienten die Ableistung des deferirten Eides auf. Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Interventen von dem Oberappellationsgericht am 9. Februar 1854 bestätigt, auf Adhäsion des Intervenienten jedoch die Kostencompensation der 1. Instanz aufgehoben und die Verurtheilung in die Kosten von dem Endergebniß abhängig gemacht. Zum Ersatze der Kosten dritter Instanz wurde der Intervenient verurtheilt.

171. Grundsätze über Kostenerstattung.

Ein Rechtsgrund, die Kosten erster Instanz nach mißlungenem Beweise der Simulationseinrede zu vergleichen, ist nicht vorhanden, liegt auch namentlich nicht darin, daß nunmehr der Rechtsstreit durch einen Schiedseid zu Ende gebracht wird. Schwört Intervenient denselben aus, so hat er einen Anspruch auf das Strunck'sche Guthaben, sowie darauf, daß ihm sämmtliche Kosten des Interventionsprozesses in erster Instanz erstattet werden. Weigert er den Eid, so wird er mit seinem Anspruch abzuweisen und in sämmtliche Kosten zu verfällen sein. Auch der Umstand, welcher allerdings zu einer Kostenvergleichung berechtigt, daß es sich in dem Rechtsstreit um dritte Personen betreffende Thatsachen handle, von deren Richtigkeit sich die Parthei erst durch Führung des Rechtsstreites habe überzeugen können, liegt hier nicht vor. Der Anspruch des Intervenienten war durch die Cessionsurkunde von Anfang an klar: ob der Intervent sich in dem Besitze von Beweismitteln befinde, durch welche er die von ihm vorgeschützte Einrede der Simulation zu bewahrheiten im Stande sein möchte — dieses zu prüfen war seine Sache. — — — Die Vergleichung der Kosten zweiter Instanz dagegen ist dadurch gerechtfertigt, daß in dem Enderkenntnisse des Appellationsgerichts das Urtheil des Stadtgerichts aufgehoben worden ist. Die Adhäsionsbeschwerde ist daher insoweit unbegründet.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz hat Intervent bei dem Ungrund seiner Beschwerden allein zu tragen, wovon auch dadurch, daß die Beschwerde des Adhärenten nur theilweise für begründet erachtet werden konnte, nichts geändert wird, indem durch letztere eine nennenswerthe Kostenvermehrung nicht entstanden ist.

LXXVI.

Jacob Steinhäuser III. zu Butzbach, Kläger contra Johann Simon Kitz und dessen Ehefrau Anna Elis., vorher verehelichte Steinhäuser, Testamentserben dahier, Beklagte.

In der Nr. LX. mitgetheilten Streitsache trat Kläger unter Anderem den ihm nachgelassenen Beweis durch auswärts wohnende Zeugen an, unter dem Erbieten, dieselben in dem Abhörtermin zu sistiren. Das Stadtgericht beraumte Termin zur Abhör der Zeugen und deren Sistirung an unter Androhung des Rechtsnachtheils, daß Kläger sonst auf diese Zeugen verzichtend angesehen werde. Als nun Zeuge Herling nicht erschien, baten Beklagte um Ausschluß und das Stadtgericht erkannte am 4. Juli 1853:

Kläger wird dem angedrohten Präjudize gemäß als auf die Vernehmung des Zeugen Herling verzichtend erachtet.

Die dagegen nachgesuchte Restitution wurde vom Stadtgericht am 15. Aug. 1853 in Ermangelung genügender Restitutionsgründe unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten verworfen. Auf Appellation des Klägers ertheilte das Appellationsgericht am 26. Okt. 1853 unter Compensation der Kosten der Instanz die Restitution und legte dem Kläger die Erstattung der Kosten des Restitutionsgesuchs voriger Instanz auf. Auf Oberappellation der Beklagten erkannte das Oberappellationsgericht am 11. Febr. 1854 unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten der Instanz bestätigend.

172. Anwendung des Princips, daß der Richter nicht befugt ist, strengere Ungehorsamsstrafen anzudrohen, als das Gesetz vorschreibt.

Die Beurtheilung der von den Beklagten aufgestellten, die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses bezweckenden

Beschwerde in der Hauptsache hängt von der Beantwortung der Frage ab: ob Kläger ohne eigenes Verschulden durch den Ausschluß mit der Vernehmung des Zeugen Herling verletzt sei, ob ihm ein Restitutionsgrund zur Seite stehe und ob Beides ausreichend bescheinigt sei. Diese Fragen müssen ohne Weiteres zu Gunsten des Klägers beantwortet werden, wenn anzunehmen ist, entweder, daß die Stadtgerichtscommission in ihrer Vorladung vom 20. Juni 1853 in Ansehung der Sistirung der Zeugen ein rechtswidriges Präjudiz angedroht habe oder daß der von dem Kläger in dem Zeugenvernehmungstermine vom 24. Juni 1853 gestellte Antrag auf Vorberaumung anderweitiger Tagfahrt zur Sistirung des Herling von dem Stadtgerichte mittelst Beschlusses vom 4. Juli 1853 ohne Grund verworfen sei. Da nämlich die interimistische Prozeßordnung art. 29 wider Dekrete, durch welche ein Theil mit seiner rückständigen Handlung ausgeschlossen wird, die Appellation versagt und nur wegen hinlänglich bescheinigter Gründe Restitution gestattet, so muß es für zulässig erachtet werden, Zwecks Erlangung der Restitution die Rechtsbeständigkeit der Verfügungen einer Prüfung zu unterziehen, welche die Voraussetzungen des erkannten Ausschlusses bilden. Nun steht aber in Betreff des Präjudizes soviel rechtlich fest, daß der Richter nicht befugt ist, strengere Ungehorsamsstrafen anzudrohen, als das Gesetz vorschreibt, sowie daß nach gemeinem Rechte, welches durch ein Frankfurtisches Particulargesetz nicht abgeändert ist,

> vergl. Reform. Th. 1 tit. 32. § 11—13
> Orth Anmerkungen Th. 5 Seite 700 z. E. bis 702. z. A. 738.
> Adlerflycht Frankf. Privatrecht. Th. 5 § 115. S. 1218.
> Bender Civilproz. § 59 Seite 195 und 196
> Gesetz vom 23. Mai 1848

für den Fall, daß ein Zeuge im Vernehmungstermin ausbleibt, der Verzicht aus solchen nicht angedroht werden darf. Es würde sich daher nur fragen, ob solches in Frankfurt in einem Falle der vorliegenden Art, wo statt der Vernehmung mittelst Requisition der auswärtigen Behörde dem Producenten selbst die Sistirung

der fremden Zeugen überlassen ward, durch eine constante Gerichtspraxis eingeführt worden ist. Einer Aufklärung dieses Punktes bedarf es jedoch nicht, weil jedenfalls das Gesuch um Anberaumung eines anderweitigen Termins zur Abhörung der Zeugen in dem vorliegenden Fall eine Berücksichtigung hätte finden sollen. Da nämlich durch das Erscheinen der beiden anderen Zeugen es ausreichend wahrscheinlich gemacht war, daß den Kläger ein Verschulden in Betreff der Sistirung des Herling nicht treffe, auch zwischen der Vorladung an den Anwalt des Klägers in Frankfurt und der Vernehmung der zu Butzbach wohnenden Zeugen nur ein Zwischenraum von drei Tagen liegt, so mußte das Stadtgericht in Beihalt des Art. 28 der interimistischen Prozeßordnung statt des Ausschlusses einen neuen Termin zur Vernehmung des Herling anberaumen. Das hierdurch allein schon ausreichend begründete Restitutionsgesuch erscheint überdies dadurch gerechtfertigt, daß sämmtliche oben aufgeworfene Fragen zu Gunsten des Klägers zu bejahen sind. Er ist nämlich

1. durch den Ausschluß mit einem Zeugen, welchem er die beste Wissenschaft vom Inhalt des Beweissatzes beimißt, an sich verletzt, ohne daß es darauf ankäme, was durch die Aussagen der übrigen, auf seinen Antrag abgehörten Zeugen etwa erwiesen sein möchte. Er hat diese Verletzung nicht schuldvoll herbeigeführt, indem die freiwillige Sistirung der Zeugen von dem Stadtgerichte genehmigt war und es auf die Motive zu der deßfallsigen Bitte nicht weiter ankommt. Sodann muß

2. ein Restitutionsgrund in der den Kläger treffenden nothgedrungenen Versäumniß in der Wahrnehmung seiner Rechte gefunden werden, welche Versäumniß sich dem richterlichen Ermessen als unverschuldet darstellt, sobald bescheinigt ist, daß Kläger den betreffenden Zeugen, über dessen Willen ihm keine Gewalt zusteht, ersucht habe, an dem Tage der Zeugenvernehmung vor dem Stadtgerichte in Frankfurt zu erscheinen. Eine deßfallsige Behauptung des Klägers liegt implicite darin, daß derselbe in seinem Gesuch am 9. Juni 1853 erklärt hat, wie er gehofft habe, daß die Zeugen mit ihm nach Frankfurt gehen würden, Herling jedoch am Verhörstage auf der Eisenbahn nicht erschienen sei.

Eine ausreichende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung darf, abgesehen von dem deßfallsigen Erbieten zur eidlichen Bestärkung, — — in dem Umstande gefunden werden, daß die beiden anderen Zeugen erschienen sind, und sich nicht absehen läßt, wie Kläger hätte veranlaßt sein können, sich an der Aufforderung in Betreff desjenigen Zeugen zu versäumen, welchen er für den wichtigsten erklärt. Einer Bescheinigung darüber aber, aus welchem Motiv der Zeuge nicht erschienen sei, bedarf es überall nicht.

Das Appellationsgericht erkannte:

Eine laesio für den Appellanten ist in dem Verlust eines Zeugen und der dadurch herbeigeführten Beschränkung seiner Rechtsverfolgung unverkennbar vorhanden; eine causa restitutionis aber kann in dem Umstande gefunden werden, daß dem Producenten Zwangsmittel zur Sistirung des fraglichen Zeugen nicht zustehen und kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß hier, wo der Beweis der Klage in Frage steht, ein Sachverschleif beabsichtigt werde.

LXXVII.

L. D. aus Frendeleburg, Klägerin und Widerbeklagte
contra
F. C. M. W. dahier, Beklagten und Widerkläger.

Klägerin behauptet,

1. daß Beklagter sie geschwängert und ihr die Ehe versprochen habe;

2. daß Beklagter wegen Nichthaltung dieses Versprechens ihr fl. 500 Entschädigung und außerdem noch fl. 8 monatlich für Alimentation des Kindes zugesagt habe;

3. daß Beklagter jedoch nur diese Alimente für das Kind bezahlt habe und

4. außerdem noch fl. 38 zur Bestreitung der Kosten des

Wochenbettes und für Anschaffung von Kindszeug entrichtet, auch noch weitere fl. 50, die als Caution für die Unterkunft des Kindes hinterlegt worden seien, ihr geschenkt habe.

Klägerin verlangt die fl. 500 aus diesem behaupteten Vergleich.

Der Beklagte erklärt den behaupteten Vertrag, der jedoch nur auf fl. 500 abgeschlossen worden sei, für nichtig, weil ihm solcher durch Drohungen abgelockt worden sei und bringt als Grund seiner Einreden und einer Widerklage vor,

a. daß er bereits fl. 301 auf die Abfindungssumme zum Theile an Klägerin selbst, zum Theile an deren Tante Sch. bezahlt habe;

b. daß er zum Behuf der Vollziehung des mit der Klägerin abgeschlossenen Vergleiches einen auf die Tante Sch. als Gläubigerin lautenden Schuldschein über fl. 500 ausgestellt habe. Beklagter verlangt diese Beträge, sowie den Schuldschein zurück.

Das Stadtgericht erkannte am 24. Januar 1853 auf Abweisung der Klage „angebrachter Maßen" und auf Beweis der die Widerklage begründenden Thatsachen.

Auf Appellation der Klägerin verstellte das Appellationsgericht unter Kostencompensation die oben sub 1—4 der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen der Klägerin, die Gründe der Einreden und Widerklage a u. b dem Beklagten zum Beweise.

Dieses Erkenntniß wurde auf Oberappellation des Beklagten und Adhäsion der Klägerin vom Oberappellationsgericht am 25. Febr. 1854 bestätigt unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten der Instanz.

173. Rechtsbeständigkeit der Privatvergleiche in Schwängerungssachen.

Anlangend

I. die lediglich gegen die in zweiter Instanz erkannte Zulassung der erhobenen Klage und auf Herstellung des Stadtgerichtserkenntnisses, nicht aber gegen die vom Appellationsgerichte beliebten Beweisauflagen, welche Appellant vielmehr eventualiter als durchaus sachgemäß anerkannt hat, gerichtete Appellation des

Beklagten, so wird zwar die gegen heimliche Vergleiche in Schwängerungssachen ergangene Verordnung vom 20. Januar 1739,

Beyerbach's Sammlung Th. 3 Seite 563.

auf welche hin das Stadtgerichtserkenntniß, die Klägerin angebrachtermaßen abgewiesen hat,

1) auf den Fall eines mit der Schwängerung concurrirenden förmlichen Eheversprechens nicht beschränkt, noch dahin gedeutet werden können, daß dieselbe lediglich auf die von den Notaren verhandelten und aufgenommenen Vergleiche, dagegen auf die von den Partheien selbst geschlossenen so wenig sich beziehe, als auf gerichtliche Abkommen der Art. Eine derartige restrictive Deutung würde weder mit dem Geiste und Sinne jener Verordnung, noch mit deren Wortlaute vollends im Beihalte der gleichzeitigen Legislation sich füglich vereinbaren lassen, aus welcher letzteren

vergl. Consistorialordnung Tit. VII. § 17. (ebendaselbst Seite 415.)

Edict an die Pfarrer vom 20. Januar 1729. (ebendaselbst Seite 433.)

Mandat wider unzüchtigen Umgang mit Soldaten vom 1. Febr. 1729. (ebendaselbst S. 565.)

Mandat gegen heimliches Eheverlöbniß vom 15. Sept. 1733 sub 1 und 2. (ebendaselbst S. 559 flg.)

Mandat gegen Entführung, ejusd. dat. (ebendaselbst S. 567.)

namentlich dies sich ergibt, daß die Ausdrücke „Eheverspruch" und „Eheversprechen" sowohl unter sich als mit den Worten „Ehegelübde" und „Eheverlöbniß" ganz synonym zu behandeln sind, und auf jedwelche Ehezusage, gleichviel auf welchen Anlaß und in welcher Form geschehen, gleichmäßig bezogen werden können. Allein zunächst würde doch

2) die etwa gedachter Verordnung wegen unvermeidliche gänzliche Beseitigung des zwischen der Klägerin und dem Beklagten getroffenen Abkommens nicht zu alsbaldiger Abweisung der Klage führen können, weil dieselbe vor Allem auf die Schwängerung und Ehezusage gegründet ist, auch in dieser Beziehung, namentlich in Anbetracht des replikarischen Vorbringens der genügenden Substan-

tirung durchaus nicht entbehrt; vielmehr könnte der gänzliche Wegfall jenes Abkommens bloß dies zur Folge haben, daß selbst nach Führung der annoch der Klägerin aufzuerlegenden Beweise, den **petitis** der Klage, sowie sie nach Maßgabe jenes Abkommens gestellt sind, keinenfalls zu deferiren wäre. Sodann aber kann auch

3) die Unanwendbarkeit der fraglichen Verordnung auf den hier vorliegenden Fall bei näherer Erwägung keinem gegründeten Zweifel unterliegen.

a. Gleichviel nämlich, ob man das Motiv des hier in Rede stehenden gesetzlichen Verbots in Rücksichten der öffentlichen Sittlichkeit finde, oder, was nach dem ganzen Zusammenhange der Verordnung, namentlich aber nach den Worten „durch mehrentheils mit unterlaufende Praktiquen" rc. mindestens eben so sehr der Fall ist, in einer Fürsorge für das sonst leicht gefährdete Interesse der Geschwächten, wird man dem darin enthaltenen Verbot aller zur Verheimlichung der wahren Väter dienenden Scheinvergleiche nur den Sinn unterlegen dürfen, daß hierdurch weder die Ausübung des richterlichen Strafamts gegen die wirklichen Schwängerer behindert sein solle, noch der Geschwächten für die aus der Schwängerung ihr erwachsenden Civilansprüche ein Nachtheil entstehen dürfe, daß vielmehr ungeachtet solcher Reverse und Vergleiche den gefährdeten Interessen des Gemeinwesens, wie der Geschwächten selbst vollständiger Schutz gesichert bleiben und mittelst solchen Privatabkommens dem Ermessen des Richters über die Folgen der Schwängerung in keiner Weise vorgegriffen sein, und deßungeachtet das Gericht für befugt, wie verpflichtet gelten solle, der Geschwächten und ihrem Kinde dasjenige zuzuerkennen, was ihr von Rechtswegen gebührt und in Ermangelung solchen Vergleiches von dem Schwängerer und wahren Vater gewährt werden müßte. Ist aber dies der allgemeine Sinn des Verbotes, daß solchen Verträgen begegnet werden solle, welche für die Geschwächte, wie im staatlichen Interesse als verletzend anzusehen wären, so kann auch dem hier speciell in Betracht kommenden Schlußpassus: „dafern aber auch" rc., welcher keine ganz neue, mit dem übrigen Inhalte der Verordnung außer allem Zusam-

menhange stehende Bestimmung enthält, nur der Sinn beigelegt werden, daß auch in diesem Fall und wegen der aus dem Eheversspruch für die Geschwächte erwachsenden besonderen Rechte ein ihr nachtheiliger Privatvergleich unpräjudizirlich für dieselbe und unverbindlich sein, und den Richter, an welchen ja noch ausdrücklich „die Entscheidung lediglich verwiesen" wird, auf keine Weise in Handhabung seines Amtes binden solle und könne. Auf solche Verabredungen also, welche der unter Eheversspruch geschwängerten Person zum Vortheile gereichen, wird die Verordnung, ungeachtet sie die „Privatvergleiche" ganz generell und zugleich „schlechterdings" für verboten erklärt, überall nicht, und um so weniger bezogen werden dürfen, als dieß nicht bloß mit dem in

L. 6. Cod. de legib. (1. 14):

„Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus invendum videri."

anerkannten Rechtsgrundsatz in Widerspruch treten würde, sondern auch in specieller Beziehung auf das Verbot eines Vergleichs über Alimente in

L. 8 § 6 Dig. de transact. (2. 15)

anerkannt ist, daß ein zum Vortheile des Alimentationsberechtigten dienender Vergleich nicht ausgeschlossen sei. Nun aber kann

b. dies vorliegenden Falls gar kein Bedenken haben, daß das zwischen Klägerin und Beklagtem getroffene Abkommen, da hierdurch nicht sowohl Erstere zum Verzicht auf die ohnehin nicht direkt erzwingbare Erfüllung des Eheverspruchs bestimmt sein will, als vielmehr, nachdem bereits die Aussicht dazu in Folge der anderweiten Verlobung Beklagtens vereitelt war, nur das mehr arbiträre Quantum dessen fixirt wurde, was ihr selbst und ihrem Kinde aus der Schwängerung unter Eheverspruch zukomme und zu Theil werden sollte, in jeder Weise ein für sie vortheilhaftes war. Dies ist nicht etwa bloß nach der klägerischen Darstellung, wonach die zugesagte Abfindung von fl. 500 nur für den Nichteinspruch gegen Beklagtens anderweite Verheirathung zugesagt und daneben noch Alimente von fl. 8 monatlich für das Kind versprochen, sowie ihr selbst anderweite Zuwendungen gemacht

wären, sondern selbst dann, wenn Beklagtens Angabe, daß zur Abfindung für alle und jede aus der Schwängerung und Ehezusage ihm irgend obliegenden Verbindlichkeiten obige Summe bestimmt gewesen sei, sich in Folge der Beweisführung als richtig herausstellte, und gleichergestalt nicht etwa bloß im Vergleiche zu denjenigen Alimenten- und Dotationsbeträgen, welche in Frankfurt in derartigen Schwängerungsfällen zuerkannt zu werden pflegen, vielmehr auch dann, wenn man, absehend von dem deßfallsigen Gerichtsgebrauch, als Maßstab für die bei Stuprationsklagen zu erkennende Entschädigung dies behandelte, daß ein dem wahren Belaufe der Erziehungskosten einigermaßen entsprechender Alimentationsbeitrag und eine solche persönliche Entschädigung müsse der Geschwächten gewährt werden, welche ihr zu anderweiter Verheirathung die Aussicht eröffnete.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

1. Klägerin behauptet, daß der Beklagte sie geschwängert und ihr die Ehe versprochen habe;

2. in einem solchen Falle aber Privatvergleiche durch das Gesetz vom 20. Jan. 1739 schlechterdings verboten und daher für ungültig zu erachten sind, sonach

3. die lediglich auf die in Frage stehende Uebereinkunft begründete Klage als unzulässig erscheint, und

4. Beklagter und Widerkläger dasjenige, was er in Folge des ungültigen Vergleichs an die Klägerin oder deren Mandatarin bezahlt hat, zurückzufordern berechtigt ist.

Das Appellationsgericht erkannte:

Es wendet zwar Beklagter ein, der Vertrag, wodurch die fl. 500 versprochen worden, sei nichtig, weil ihm solcher durch Drohungen abgelockt worden. Diese — wenn sie auch wirklich stattgehabt haben sollten, würden jedoch nicht hinreichen, um einen an sich rechtsgültigen Vertrag umzustoßen. Dahingegen gründet das Stadtgericht die Ungültigkeit des Vertrags auf das Edict vom 20. Januar 1739. Dieser Ansicht kann aber nicht beigestimmt werden, denn

1. handelt es sich hier von einer Schwängerungs-, resp. Alimentationsklage, welche auch ganz nach Vorschrift des art. 10 der Pro-

zeßordnung vom Jahr 1819 nicht bei dem Plenum des Stadtgerichts, sondern bei der Gerichtscommission angebracht und von dieser verhandelt wurde;

2. es kann keinen Zweifel leiden, daß sich eine Geschwächte mit dem Schwängerer wegen ihrer Privatansprüche, ganz abgesehen von den Rechten des Kindes, vergleichen könne;

3. wenngleich über künftige Alimente kein Vergleich in der Art abgeschlossen werden kann, daß dafür ein für allemal ein Aversionalquantum stipulirt werden soll, so leidet es doch keinen Zweifel, daß über das Quantum der jährlich oder monatlich zu reichenden Alimente ein Vertrag abgeschlossen werden könne,

L. 8 § 6. § 24. D. de transact. (2, 15)

zumal wenn die zugesagten Alimente den gesetzlichen gleich oder höher bestimmt werden, mithin zum Vortheil des Kindes gereichen;

4. das Edict vom 20. Januar 1739 steht diesem nicht entgegen, denn theils spricht dieses nur von Scheinvergleichen, worin der wahre Vater verschwiegen und ein anderer angegeben wird, — theils von dem Fall, daß, wenn ein förmlicher Eheverspruch stattgefunden, solcher in öffentlichem Interesse nicht durch Privatvergleiche wieder aufgehoben werden soll.

Keiner von diesen beiden Fällen liegt hier vor, denn der wahre Vater soll nicht verschwiegen und ein anderer vorgeschoben werden, auch besteht kein förmlicher Eheverspruch, der durch einen Privatvergleich aufgehoben werden soll.

LXXVIII.

Franz Dessauer zu Aschaffenburg, Kläger

contra

Isaak Lekisch Aub dahier, Beklagten.

Franz Dessauer zog am 20. Juli 1852 einen Wechsel über fl. — zahlbar am 20. Sept. 1852 an die Ordre der Handlung Kramp u. Comp. zu Offenbach auf G. A. Zipf dahier

und sandte diesen Wechsel mit der Post an Kramp u. Comp. in Offenbach. Dieser Wechsel, noch mit keinem giro versehen, kam nicht an den Remittenten, wohl aber wurde er durch irgend einen Unbekannten am 24. Juli 1852 dem Trassaten zur Acceptation vorgezeigt und, da der Bezogene bereits Avis erhalten hatte, auch acceptirt. Nach dieser Acceptation kam dieser Wechsel durch ein nachgemachtes Indossament der Handlung Kramp u. Comp. in die Hände des J. L. Aub dahier und letzterer girirte den Wechsel weiter. Bei Verfall mußte der Acceptant zufolge art. 36, 75 u. 76 der A. D. W. O. den Wechsel einlösen. Franz Dessauer, der von G. A. Zipf für den Betrag des Wechsels belastet wurde, ohne von Kramp u. Comp. dafür Gutschrift des Wechsels zu erhalten, erhob nun Klage auf Bezahlung des Wechselbetrags gegen J. L. Aub, weil der letztere den fraglichen Wechsel nicht von dem rechtmäßigen Eigenthümer erworben, und weil derselbe versäumt habe, bei Erwerb des Wechsels sich über die Person des Wechselbesitzers zu vergewissern. (cf. art. 74 der A. D. W. O.) Der Beklagte excipirte, er habe, als sich ihm ein unbekannter Mann als Mitinhaber der Handlung Kramp u. Comp. am 24. Juli 1852 dargestellt und ihm den Wechsel zum Disconiren angeboten habe, die Richtigkeit des Accepts geprüft und hiermit dem Wechselgesetze Genüge gethan; jedenfalls aber stände er mit dem Kläger in keinem Contrakts- resp. Rechts-Verhältnisse und sei auch nicht bei dem Geschäfte, geschweige denn mit Klägers Schaden, bereichert worden; — der Wechsel sei eingelöst, mithin könne nach art. 74 cit. von einer Vindication desselben nicht mehr die Rede sein.

Das Stadtgericht erkannte mit Zuziehung von Handelsassessoren am 7. Januar 1853:

— — der Kläger hat — darzuthun, „daß das Indossament, wodurch der in Frage stehende Wechsel auf den Beklagten übertragen worden ist, ein falsches gewesen ist", worauf weiter erkannt werden soll, was Rechtens.

Auf Appellation des Beklagten änderte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 21. März 1853 den Beweissatz dahin ab, „daß das Indossament, wodurch der in Frage

stehende Wechsel auf den Beklagten übertragen worden, ein falsches und der Wechsel zur Zeit seiner Präsentation zur Acceptation noch nicht in den Besitz von Kramp u. Comp. zu Offenbach gelangt gewesen sei."

Dieses Erkenntniß wurde auf Oberappellation des Beklagten von dem Oberappellationsgerichte am 25. Februar 1854 unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten der Instanz bestätigt.

174. Statthaftigkeit der Klage auf den Wechselbetrag in dem Falle, daß die im Art. 74. der allgemeinen deutschen Wechselordnung zugelassene Vindication des Wechsels nicht vorgenommen werden kann.

Anlangend die Frage:

„Ist gegen Denjenigen, welcher sich bei der Erwerbung eines Wechsels grober Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat, und gegen den der Art. 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung eine Klage auf Herausgabe des Wechsels statuirt, auch eine Klage auf den Belauf des Wechsels begründet, falls er den letzteren, bevor die Unrechtmäßigkeit der ihm geschehenen Uebertragung zu seiner Kunde gekommen, weiter girirt haben sollte?"

so haben sich die Partheien mehrmals auf die von dem Oberappellationsgericht im Jahre 1847 in der Hamburger Sache

John Voß c. M. M. Warburg u. Comp.*)

abgegebene Entscheidung und auf die in derselben zur Anwendung gebrachten Principien bezogen. Auf jene Principien kommt es indessen nicht mehr an, nachdem im Art. 74 der allgemeinen deutschen Wechselordnung eine neue gesetzliche Bestimmung in Betreff des in Rede stehenden Punktes getroffen worden ist.

Bis zur Einführung der allgem. deutschen W.-O. waren gemeinrechtlich wie alle übrigen beweglichen Gegenstände, so auch Wechsel vindicabel, gleichviel ob sie von dem Besitzer im guten Glauben oder ohne denselben erworben worden waren. Nur die Beschränkungen, welche in dem zur Anwendung kommenden Particularrecht, ent-

---

*) Abgedruckt in Sammlung O. A. G.-Erkenntnisse in Hamburger Sachen I. p. 1007 sq.

weder in Betreff der Vindicabilität im Allgemeinen („Hand muß Hand wahren") oder in Betreff gewisser einzelner Gegenstände (au porteur = Documente und dergl.) begründet waren, modificirten die Anwendbarkeit jenes allgemeinen Grundsatzes. Gleichwohl hatte schon zu jener Zeit die Ansicht, daß Wechsel aus der Hand eines bonae fidei possessor nicht vindicirt werden dürften, ihre Vertreter.

Dies war der Rechtszustand um die Zeit, als die Leipziger Wechselconferenz zusammentrat. Auch die vorstehend angedeutete Controverse kam zur Erörterung und zwar wurde speciell von dem oben angeführten Erkenntnisse Veranlassung genommen, auf selbige einzugehen.

Conferenzprotocolle (Leipzig 1848) Seite 142 a. E. 143.

Anfänglich beschloß freilich die Wechselconferenz, keine auf die Vindicabilität von Wechseln sich beziehende Bestimmung in das neue Gesetz aufzunehmen, vornämlich, weil der Gegenstand in das Civilrecht gehöre, und weil bei der Verschiedenheit der rechtlichen Grundsätze über die Vindication in den einzelnen Staaten eine darin eingreifende Bestimmung in der Wechselordnung sehr mißlich sein würde, allein später ist von diesem Bedenken abgesehen worden. In der ein und dreißigsten Conferenz

Conferenzprot. Seite 228 und 229

ist das Princip anerkannt und Aufnahme desselben in die Wechselordnung beschlossen worden, daß der rechtmäßige Eigenthümer eines entfremdeten Wechsels denselben von denjenigen Besitzern, aber auch — nur von diesen, solle zurückfordern dürfen, welche entweder an der Verfälschung des Indossaments Theil genommen, oder vor Einlösung des Wechsels davon gewußt haben, oder bei gehöriger Aufmerksamkeit die Unächtheit des Indossaments hätten entdecken können. Hierbei wurde die Frage, ob auch culpa lata hier in Betracht zu ziehen und dem dolus gleich zu behandeln sei, einer besonderen Beschlußnahme unterzogen und dahin affirmativ beantwortet,

> „daß die Vindication auch dann zulässig sein solle, wenn dem Besitzer nur culpa lata zur Last falle."

Die Formirung der in die Wechselordnung aufzunehmenden

Bestimmung ist dann der Redactionscommission überlassen worden, deren Vorschlag im §. 75 des von ihr vorgelegten Entwurfes

Conferenzprotocolle Seite 263

enthalten, und in der vier und dreißigsten Conferenz nach einer geringen Redactionsveränderung so angenommen worden ist, wie der Art. 74 der Wechselordnung gegenwärtig lautet.

Conferenzprotocolle Seite 240.

Bei der Unzweideutigkeit der Fassung dieses Artikels — dessen Entstehungsgeschichte überdies in den angezogenen Theilen der Conferenzprotokolle vollständig vorliegt — besteht kein Zweifel darüber, unter welchen Umständen Jemand zur Herausgabe eines Wechsels genöthigt werden könne, nämlich wenn der Besitzer des Wechsels

„denselben in bösem Glauben erworben haben oder ihm bei der Erwerbung eine grobe Fahrlässigkeit zur Last zu bringen sein sollte."

Hierdurch ist indessen die in der vorliegenden Sache zu beantwortende *fernere* Frage, ob gegen Denjenigen, welcher einen unter den vorbemerkten Umständen erworbenen Wechsel weiter begeben oder sich auf andere Weise des Besitzes desselben entäußert haben sollte, eine Klage auf den *Wechselbelauf* statthaft sei, und mithin in die Stelle der Klage auf den Wechsel selbst trete, noch nicht entschieden.

Abzusehen ist hier von dem Falle, wenn der Besitzer eines Wechsels, um dessen Verfolgung aus seiner Hand unthunlich zu machen, sich absichtlich des Besitzes entäußert haben sollte. Unter solchen Umständen würde, wie auch im Uebrigen die in Betracht gezogene Frage zu beantworten sein möge, ein fingirter Besitz anzunehmen und die Klage gegen den früheren Besitzer, als besäße er noch, zu gestatten sein. — Allein ein gleiches Resultat wird auch dann eintreten müssen, wenn im ordentlichen Laufe des Geschäfts der Besitzer des Wechsels denselben ohne eine auf Vereitelung der Vindication gerichtete Absicht weiter girirt oder dem Bezogenen gegen Empfang der Wechselsumme ausgeliefert hätte.

Und zwar ergibt sich dies schon aus dem Wechselrecht, insbesondere aus der Stellung des Art. 74 in demselben und zu dem

Wechselgeschäft, abgesehen aber hievon aus civilrechtlichen Argumenten.

Anlangend die besondere Natur der wechselrechtlichen Vorschriften, so ist schon in den Verhandlungen der Wechselconferenz von einigen Mitgliedern derselben darauf hingedeutet worden, daß es sich bei der Vindication eines Wechsels der Hauptsache nach nicht um das Eigenthum an dem Papiere, sondern um die Befugniß zur Geltendmachung der mit dem Wechsel verbundenen Rechte handle, und daß man in den hierher gehörigen Streitfällen keine reinen Eigenthumsstreitigkeiten, sondern nur Conflicte über persönliche Rechte und deren Zuständigkeit zu erblicken habe.

Conferenzprotocolle S. 143.

Hält man dies fest, so kann in der Sanctionirung des Satzes, daß Jemand, der einen entfremdeten Wechsel unredlicher Weise oder auch nur culpa lata erworben habe, verbunden sein solle, den Wechsel dem auf selbigen Berechtigten auszuliefern, nicht sowohl eine auf die Wechselurkunde — das Papier — sich beziehende Vorschrift erblickt werden, sondern die eigentliche Bedeutung jener Bestimmung besteht darin, daß ein mala fide oder culpa lata Wechselerwerber dem widerrechtlich Verkürzten das mit dem Wechsel verbundene Recht abzutreten habe. Die Abtretung dieses Rechts geschieht, so lange der betreffende Erwerber noch im Besitz des Wechsels sich befindet, durch Auslieferung der Wechselurkunde, — des Papiers; denn durch sie wird der andere Theil vollständig in den Stand gesetzt, das ihm zuständige und zurückzuübertragende Recht auszuüben. Hat dagegen schon eine weitere Begebung oder sonstige Weggabe des Wechsels stattgefunden, so ist freilich von jener einfachen Art der Erledigung des Verhältnisses abzusehen; allein dies kann keinen Grund abgeben, um die Verbindlichkeit des unrechtmäßigen Wechselerwerbers zur Abtretung des mit dem Wechsel verbundenen Rechts als erloschen zu betrachten. Als eine Selbstfolge ergibt es sich vielmehr, daß in die Stelle des Wechsels selbst die Valuta desselben trete.

Es kommt hinzu, daß die Vorschrift des Art. 74 in der bei weitem größeren Mehrzahl der sich ereignenden Fälle illusorisch sich erweisen würde, wenn derselben eine andere, als die vorstehend dargelegte Auf-

fassung gegeben würde. Denn Wechsel sind ihrer Natur nach zum dauernden Besitze nicht bestimmt, man erwirbt sie, der Regel nach, um sich ihrer zu Geldvergütungen zu bedienen, oder um durch Einziehung des Wechselbelaufs in den Besitz von Geld sich zu setzen. Ferner ist es nur unter besonderen und selten vorkommenden Voraussetzungen möglich, den Besitzer eines im giro befindlichen Wechsels aufzufinden, so daß wegen der Wandelbarkeit des Besitzes am Wechsel, und außerdem wegen der Unauffindbarkeit des jeweiligen Besitzers der verkürzte Wechselberechtigte in der Regel erst nach Einlösung des Wechsels wird ermitteln können, wo die Reihe rechtmäßiger Uebertragungen unterbrochen worden, und wo er (unter der Voraussetzung eines **dolus** oder einer **culpa lata** des betreffenden Erwerbers) Ansprüche zu erheben befugt sei. Es ist mithin nicht anzunehmen, daß die Gesetzgebung unter dem Worte Wechsel im Art. 74 nur die Wechselurkunde — das Papier — verstanden und nicht beabsichtigt habe, für den Fall der Weggabe, Dasjenige, was den Werth des Wechsels ausmacht, den in ihm ausgedrückten Geldbelauf, in seine Stelle treten zu lassen.

Ein anderer hier in Betracht kommender Umstand ist, daß die Verpflichtung des **culpa lata** Erwerbenden zur unentgeltlichen Auslieferung des Wechsels an den Verkürzten die Annahme einer unter den Wechselbetheiligten bestehenden Diligenzverbindlichkeit voraussetzt; denn eine **culpa** kann nur gedacht werden in Beziehung zu Jemandem, welcher rechtlichen Anspruch auf Förderung oder doch Schonung seiner Interessen hat. Da demzufolge die Verbindlichkeit zur Auslieferung des Wechsels unter den gegebenen Umständen in einer Verschuldung des betreffenden Erwerbers ihren Grund hat und mithin die Auslieferung des Wechsels nur als die Ausgleichung jener Verschuldung angesehen werden kann, so führt dieser Gesichtspunkt in nothwendiger Consequenz weiter dahin, daß, wenn der **culpa lata** Erwerbende sich des Mittels jener Ausgleichung entäußert haben sollte, er hierdurch seiner Verbindlichkeit gegen den Verkürzten nicht enthoben werde und mittelst des Werthes vergüten müssen, was er durch den Wechsel selbst zu leisten sich außer Stand gesetzt habe.

Aus den vorstehenden Argumenten ergibt sich, daß die ratio

legis auf die im Obigen vertretene Ansicht hinführt, und da auch in der Wechselordnung nirgendswo ein Gegenargument gegen die Anwendung jener **ratio** in vorbemerkter Weise erfindlich ist, so darf unbedenklich die hier befolgte Ansicht als die vom Gesetzgeber gebilligte und gewollte angesehen werden. Allein gesetzt, der vorstehenden Auffassung wäre nicht beizupflichten, und man hätte im Art. 74 nur die Statuirung der civilrechtlichen Vindication des Wechsels als eines körperlichen Gegenstandes zu erblicken, so würde dennoch die Klage auf den Werth des Wechsels — also der Regel nach auf den Wechselbelauf — in dem beredeten Falle nach civilrechtlichen Grundsätzen — welche durch das Frankfurter Particularrecht

Ref. II. 2. §. 2 und **II. 17. §. 3.**

hier nicht modificirt sind, — begründet zu erachten sein. Es darf nämlich von einem Principe Gebrauch gemacht werden, welches mehrfach in den Quellen sich angedeutet findet, freilich immer in besonderen Anwendungen, aber doch so, daß dasselbe deutlich hervortritt. Der Besitzer einer fremden Sache, und zwar auch der **bonae fidei possessor**, welcher die Sache veräußert hat, kann vom Eigenthümer zur Herausgabe des erlangten **pretium** unter der Voraussetzung angehalten werden, daß die Vindicabilität der Sache aus irgend einem Grunde für den bisherigen Eigenthümer aufgehört hat. Am weitesten wird dies anerkannt in der

L. 3. Cod. de verb. oblig. (3, 32) verbis:

„vel alio — modo proprietatem ejus amisisti."

Nicht minder für einen andern Fall in der

L. 49. Dig de neg. gest. (3, 5).

Ebenso beruht

L. 17. pr. Dig. de verb. obl. (6, 1)

auf jenem Principe. Die römischen Juristen behandeln diesen Fall als **negotiorum gestio**, und selbiger ist einer von denjenigen, bei welchen, wie

Donellus Comm. jur. civil. Lib. 15 cap. 17.

sagt, zwar nicht **ab initio commodum aut incommodum gesti ad nos pertinet**, aber doch **eventu nostrum fit negotium.** So lange der Eigenthümer noch von jedem Dritten vindiciren kann,

verliert er Nichts dadurch, daß der unberechtigte Besitzer die Sache weiter verkauft. Von dem Augenblicke an, wo die Möglichkeit für ihn aufhört, die Sache selbst zu vindiciren, z. B. weil sie zu Grunde geht, usucapirt wird, oder er selbst nachträglich die Veräußerung an den Dritten genehmigt —, hat der **venditor rei alienae** ein **negotium** vorgenommen, welches zwar nicht nach seinem **animus** ihm als ein **alienum** erschien, aber doch **re ipsa**, da nur **commodum vel incommodum ad dominum pertinet**, als **alienum** anzusehen ist.

Cuiacius ad Africanum Tract. 2. ad L. 43. de neg. gest.

Tract. 8. ad L. 49. de negot. gest.

v. Wening-Ingenheim Civilrecht III. §. 352.

Die Voraussetzungen zur Anwendung des im Obigen angegebenen Civilrechtsprincips sind nun, wie schon

Thöl Handelsrecht. Band II. Seite 505

hervorgehoben hat, in Fällen der vorliegenden Art vorhanden, insofern nach den Bestimmungen der Wechselordnung (Art. 36, 74, 76) die Vindication eines entfremdeten Wechsels unthunlich wird, sobald derselbe in den Besitz eines **bona fide** — Inhabers gelangt oder von dem Bezogenen **bona fide** eingelöst wird. Der Kläger konnte in dem streitigen Falle, weder von dem Indossatar des Beklagten oder einem späteren Erwerber den Wechsel reclamiren, noch hätte er die Zahlung von Seiten des Acceptanten an den letzten Inhaber verhindern können.

Sollte es bei der Anwendung des obigen Princips auf eine **contraria actio** oder **exceptio** behufs Vergütung oder Anrechnung des beim Erwerbe der fremden Sache aufgewendeten Betrages — z. B. des **pretii emtionis** — überhaupt ankommen können, so würde doch in keinem Falle hier ein solcher Gegenanspruch anzunehmen sein, da der Erwerb des Wechsels auf einer das Interesse des Eigenthümers und nunmehrigen Klägers verletzenden **culpa** beruht hätte.

Das Stadtgericht erkannte:

II. Wenn es gleich scheinen könnte, daß die Bestimmung des § 36 der allgem. d. W. O., wonach „der Zahlende die Aechtheit der

Indossamente zu prüfen nicht verpflichtet ist", im Interesse des Wechselverkehrs auch auf den Indossatar Anwendung finden müsse, so unterliegt doch die analogische Ausdehnung dieser von den Grundsätzen des gemeinen Civilrechts nicht nur, sondern auch von den Wechselgesetzen der meisten europäischen Staaten (Seuffert Archiv. III. Nr. 92) abweichenden Bestimmung auf denjenigen, welcher einen Wechsel in Folge freier Willensbestimmung mittelst Indossaments erworben hat und sich bezüglich der Aechtheit dieses letzteren offenbar in einem ganz andern Verhältniß, wie der Wechselschuldner befindet, sehr erheblichen Bedenken; auch schließt

III. die weitere Vorschrift des §. 36, „daß der Inhaber eines indossirten Wechsels schon durch die zusammenhängende Reihe von Indossamenten als Eigenthümer des Wechsels legitimirt ist," nach Inhalt des § 74 nicht aus, daß der Besitzer eines Wechsels, wenn er diesen in bösem Glauben erworben hat oder wenn ihm bei dessen Erwerbung eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, zu dessen Herausgabe genöthigt werden kann.

— — Zwar kann von der Reklamation des Wechsels, selbst im Sinne des § 74 der allgemeinen Wechselordnung nach Lage der Sache keine Rede mehr sein; allein abgesehen von der hier platzgreifenden Analogie, muß der Beklagte — dessen grobe Versehen einmal vorausgesetzt — auch schon gemeinrechtlich zur Herausgabe dessen, was er durch Weiterbegeben oder Einkassiren fuglos und zum Nachtheil des Klägers erhalten hat, schuldig erachtet werden.

Thöl Handb. des Handelsrechts II. p. 504 — 506.

Das Appellationsgericht ging von der Erwägung aus, daß

1. wenn der Kläger den in der sententia a qua ihm auferlegten Beweis erbringt, damit feststeht, daß derjenige, von welchem der Beklagte sein Recht ableitet, unberechtigt gewesen ist, sonach der Beklagte durch denselben ein Recht auf die fragliche Urkunde nicht erwerben konnte, hiermit

2. auch die Specialbestimmungen des Wechselrechts nicht im Widerspruch, vielmehr geradezu in Einklang stehen, indem, wenn selbst die Vorschrift des art. 36. d. A. D. W. O. — wie dies doch nicht der Fall — auf den Beklagten angewendet werden könnte,

derselbe wegen der von ihm dem in dem Verkehr des hiesigen Platzes angenommenen, durch das Gutachten der zugezogenen Herrn Handlungsassessoren bezeugten Verhalten entgegen, unverkennbar geübten groben Fahrlässigkeit, wodurch auch ohne vorausgegangenes Contraktsverhältniß eine besondere Obligation begründet wird, zur Herausgabe des Wechsels angehalten werden dürfte;

3. diese Verpflichtung durch das Aufgeben des Besitzes, durch das Weiterbegeben des Wechsels nicht aufgehoben, hierdurch vielmehr nur die Folge herbeigeführt wird, daß an die Stelle des Objekts der Werth desselben tritt, andern Falls der Zweck des art. 74 d. A. D. W. O. — die Folgen des bösen Glaubens und grober Fahrlässigkeit — unerreichbar gemacht werden könnte.

175. Grobe Fahrlässigkeit in Betreff der Erwerbung des Wechsels, insbesondere nach Frankfurter Platzgebrauch.

Anlangend die Frage, ob dem Beklagten mit Grund von den unteren Instanzen grobe Fahrlässigkeit in Betreff der Erwerbung des Wechsels beigemessen worden sei, so konnte dieselbe nicht anders, als bejahend beantwortet werden. Während nämlich der Beklagte nur den Inhaber (oder einen Mitinhaber) der Firma Kramp u. Comp. zu Offenbach als den rechtmäßigen Disponenten und Indossanten in Beziehung auf den in Rede stehenden Wechsel hätte ansehen dürfen, hat er den ihm völlig unbekannten faktischen Detentor des Wechsels als den rechtmäßigen Inhaber desselben anerkannt, ohne irgend welche Umstände zur Hand zu haben oder in Betracht zu ziehen, welche den Mangel der erforderlichen Bekanntschaft zu ersetzen geeignet gewesen wären. Auf seine Sicherheit nahm er dagegen allerdings Bedacht, denn er prüfte das Accept des Bezogenen Zipf, und als er von dessen Aechtheit sich überzeugt hatte, nahm er den Wechsel dem ihm unbekannten Offerenten ab. Geringer als sie gewesen sind, hätten die Aufmerksamkeit und Diligenz des Beklagten nicht sein können.

Hiergegen kann der willkürlichen und aus den Verhandlungen der Wechselconferenz durch Nichts zu rechtfertigenden Aufstellung des beklagtischen Anwalts, daß die Fahrlässigkeit des art. 74 nur verschuldet werden könne mittelst Uebersehens von Rasuren,

Ueberschreibungen oder anderen sichtlichen Spuren einer Fälschung, wohingegen die Identität der Person des Wechselinhabers mit demjenigen, auf welchen das letzte Indossament laute, unberücksichtigt bleiben könne, keine Bedeutung beigelegt werden. Ohne Zweifel kann unter Umständen selbst da, wo es sich um den Erwerb eines äußerlich tadellosen und mit ächten Indossamenten versehenen Wechsels handelt, schon in der Persönlichkeit oder äußeren Erscheinung Desjenigen, der den Wechsel zur Veräußerung offerirte, ein genügender Grund zur Annahme einer culpa lata des Erwerbers liegen. Unrichtig ist es auch, wenn der Appellant aus den Conferenzprotokollen Seite 69 u. 70 abzuleiten sucht, daß der Trassat, resp. Acceptant nicht verpflichtet, ja nicht einmal befugt sei, von einem ihm unbekannten Wechselpräsentanten einen Ausweis über dessen Identität mit dem letzten Indossataren zu verlangen. Wer als Bezogener einem nicht berechtigten Inhaber des Wechsels im bösen Glauben oder mit grober Fahrlässigkeit Zahlung leistete und von ihm auf solche Weise den Wechsel einlöste, der würde sich dem berechtigten Wechselbetheiligten nicht minder verantwortlich machen, wie dies bei dem Erwerb eines Wechsels durch Indossament stattfinden würde. Daß die vom Appellanten für diese seine Ausführung angezogene Ablehnung des auf Seite 70 der Conferenzprotokolle erwähnten Antrages die von ihm demselben beigelegte Bedeutung nicht habe, ist bereits hervorgehoben worden von

Jolly in Siebenhaar Archiv II. p. 170.

Bluntschly D. W. O. p. 77.

Zu dem Obigen kommt hinzu, daß sowohl die zufolge der Vorschrift der prov. Gerichtsordnung vom 30. Dec. 1819 art. 98 zu der Verhandlung dieser Sache in den beiden unteren Instanzen resp. hinzugezogenen Handlungsassessoren, als auch die Frankfurtische Handelskammer selbst, in deren, in gegenwärtiger Instanz vom Appellaten beigebrachten Responsum*) vom 4. Juli 1853 sich überein-

*) Auf die, vorliegendem Prozesse zu Grunde liegende species facti wurde der Handelskammer die Frage vorgelegt, „ob es nach den Ansichten des Handelsstandes zu Frankfurt a. M. oder nach dem

stimmend dahin erklärt haben, es entspreche dem frankfurtischen Platzgebrauche, daß jeder Banquier oder Kaufmann, welchem von einem Unbekannten ein Wechsel zum Discontiren angeboten werde, sich über die Legitimation und resp. Identität des Veräußerers — — — vergewissere. Ohne Zweifel kommt es bei der Beurtheilung der Frage, ob und in welchem Maße Jemanden Fahrlässigkeit im Sinne des art. 74 vorzuwerfen sei, auch auf die Art und Weise an, in welcher an dem betreffenden Handelsplatze der Geschäftsgang ordentlicher Weise geführt wird, und den vorliegenden glaubhaften Zeugnissen war mithin in dem zu entscheidenden, auf Frankfurt bezüglichen Fall erhebliche Bedeutung beizulegen.

Das Stadtgericht erkannte:

Es wird zwar Seitens des Klägers dem Beklagten nicht aufgebürdet, daß er sich bei Escontirung des fraglichen Wechsels einer Arglist schuldig gemacht habe, allein von dem Vorwurfe grober Fahrlässigkeit kann der Beklagte nicht freigesprochen werden. Nach der ausdrücklichen Erklärung der beiden bei Berathung und Entscheidung dieser Sache zugezogenen Herrn Handlungsassessoren entspricht es dem hiesigen Platzgebrauche, daß jeder Banquier oder Kaufmann, welchem von einem Unbekannten ein Wechsel zum

---

dortigen Platzgebrauche als eine grobe Nachlässigkeit im Sinne des Art. 74. der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung erscheine, wenn der Wechselnehmer (Indossat) einen Wechsel von einer ihm gänzlich unbekannten Person ohne alle Prüfung deren Identität erwirbt oder escontirt." Die Handelskammer gab folgendes Gutachten ab: „daß allerdings nach den hier herrschenden kaufmännischen Ansichten und nach der Art und Weise, wie jeder vorsichtige und gewissenhafte Handelsmann am hiesigen Platz zu verfahren pflegt, es als eine grobe Fahrlässigkeit betrachtet werden muß, wenn der Käufer eines Wechsels denselben von einer auf sein Comptoir kommenden, ihm gänzlich unbekannten Person erwirbt, ohne von der Identität dieses Verkäufers und demjenigen, dessen Namen der Verkäufer als Indossant auf dem Wechsel unterschreibt, durch die gewöhnlichen Mittel, z. B. durch das Zeugniß bekannter Leute oder durch Aufweisung von Legitimationspapieren sich so viel, als thunlich, zu vergewissern."

Escontiren angeboten wird, sich über die Legitimation seines Indossanten vergewissere, und die Unterlassung dieser Vorschrift wird als grobe Fahrlässigkeit betrachtet. Daß der Beklagte irgend etwas gethan habe, um sich von der Berechtigung seines Indossanten Ueberzeugung zu verschaffen, hat er selbst nicht behauptet. Durch diese seine Fahrlässigkeit wurde der von dem Kläger behauptete Betrug zu dessen Nachtheil ermöglicht.

LXXIX.

J. G. B. Trost dahier, Liquidant

contra

die Johann Christ. Georg Wolff'sche Debitmasse, Liquidatin.

J. G. B. Trost ließ durch den Fiskal ein Sparkassenbuch des Beklagten bis zum Belaufe von fl. — in vim executionis mit Beschlag belegen. Die Sparkasse zahlte am 13. August 1853 diesen Betrag an das Fiskalat. Auf Antrag der Ehefrau des &c. Wolff inhibirte vorläufig das Stadtgericht am 15. Aug. 1853 die von mehreren Seiten nachgesuchten Hülfsvollstreckungen in das fragliche Sparkassenbuch und erkannte am 7. Sept. 1853 Concurs über das Wolff'sche Vermögen. Trost reklamirte nun am 27. September 1853 den vom Fiskal für ihn mit Beschlag belegten Betrag und verlangte eventuell die durch Erlangung eines richterlichen Pfandes bevorzugte Befriedigung seiner Forderung. Das Stadtgericht erkannte am 26. Oktober 1853:

A. die erhobene Reklamation wird verworfen;

B. die angemeldete Forderung ist mit fl. — liquid und soll wegen des in Anspruch genommenen Vorzugsrechtes in dem Rangurtheil weitere Verfügung ergehen;

C. die bis jetzt erwachsenen Streitkosten hat der Reklamant dem Contradiktor zu ersetzen.

Auf Appellation des Liquidanten erkannte das Appellationsgericht am 23. Nov. 1853 unter Kostencompensation:

die für den Kläger Trost an den Fiskal bezahlten und von diesem seither verwahrten fl. — sind sofort an den Kläger auszuliefern und hat die beklagte Debitmasse die in erster Instanz dem Kläger verursachten Kosten zu erstatten.

Dieses Erkenntniß wurde auf Oberappellation der Liquidatin vom Oberappellationsgericht am 20. März 1854 unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze bestätigt.

176. Der Creditor erwirbt durch die von dem Exekutor vorgenommene Veräußerung des pignus judiciale das Eigenthum an dem Erlös, sobald der Exekutor denselben in Besitz nimmt.

Es kam bei der abzugebenden Entscheidung darauf an, ob dem Appellaten an den fl. —, welche in Folge der von ihm gegen den nunmehrigen Cridar Wolff herbeigeführten Exekutions-Maßregeln in den Besitz des Fiskals gekommen waren, nur, wie die Appellantin annimmt und resp. zugesteht, ein pignus judiciale zustehe, oder ob jener Belauf durch den Uebergang in den Besitz des Fiskals vollständig für ihn erworben worden sei, so daß derselbe ihm, nach inzwischen eingetretenem Concurse des Wolff, von dessen Creditorschaft nicht mehr streitig gemacht werden könne. Die letztere Ansicht war als die richtige anzusehen.

Ein pignus judiciale erwarb der Appellat schon zu jener Zeit, als nach erfolgter Condemnation des Wolff und fruchtlos gebliebener Exekutions-Warnung auf seinen Antrag das Wolff'sche Guthaben bei der Sparkasse mit Beschlag belegt wurde, um als Mittel zur Befriedigung für die in executorio verfolgte Forderung zu dienen. Hätte der, durch diese Saisirung herbeigeführte Zustand unverändert bis zum Concurs-Ausbruche fortgedauert, so würde Trost kein weiteres Recht besessen haben, als in die classis VIII der frankfurtischen Rangordnung

Gesetz vom 10. Januar 1837 (Bd. V. p. 24 ff.)

gesetzt zu werden, denn er hätte nur ein „im Wege der Hülfsvollstreckung erlangtes richterliches Pfand besessen."

Bender Frankf. Privatr. § 73. 2. Ausg. p. 241.

Allein jener Zustand blieb nicht unverändert. Die Auszahlung des Belaufes jenes in vim executionis saisirten Guthabens an den, auf Anrufen und im Interesse des Trost fungirenden Fiskal kam hinzu und veränderte wesentlich die rechtliche Sachlage; — zunächst dadurch, daß das nomen, in welches Trost immittirt worden war, mit jener Auszahlung zu existiren aufhörte und daß in die Stelle des an jenem nomen besessenen Pfandrechts der aus dem ersteren erlangte, im Besitz des Fiskals befindliche Geldbetrag trat; — sodann dadurch, daß, wie in jedem anderen Falle, wenn ein verpfändetes nomen durch den Pfandgläubiger eingezogen wird, so auch hier, eine Erlöschung der ursprünglichen Forderung durch Abrechnung eintrat.

L. 18. pr. D. de pignorat. act. (13, 7)

L. 13 § 2 D. de pignor. (20, 1).

Jener Geldbetrag war mithin dem Trost vollständig in dem Augenblick erworben, als er dem Fiskal zugekommen war.

In Uebereinstimmung hiermit hat das Appellationsgericht und zwar mit Grund angenommen, daß, wenn der Fiskal einen Geldbetrag erlange, die Exekution (gänzlich oder in tantum) ihre Endschaft erreiche, und daß insonderheit in Fällen der vorliegenden Art die Einziehung des Belaufes eines in executorio saisirten nomen nicht erst eine pignoris capio sei, sondern schon die Entgegennahme des aus dem Pfande gelösten Geldes für den Kläger enthalte, welcher letztere von jenem Augenblicke an ebenso befriedigt, wie andererseits der Beklagte liberirt sei.

Hiergegen ist vom Appellanten eingewendet worden, der Fiskal sei ein Gerichtsbeamter, nicht aber ein Mandatar derjenigen Parthei, in deren Interesse eine Exekution vorgenommen werde, und derselbe habe mithin die von dem Schuldner — oder, wie hier der Fall vom Schuldner des Schuldners — saisirten Gegenstände oder erlangten Gelder nicht schon für den Gläubiger und Kläger, sondern für das Gericht im Besitz, und es könne demnach unter keinen Umständen ein weiter reichendes Recht des Ersteren an jenen Gegenständen oder Geldern als ein pignus judiciale bis dahin statuirt werden, wo der Erlös der Gegenstände oder das Geld ihm selbst zukomme. Zur Unterstützung dieser Aufstellung hat sich Appellant auf ein vom Ober-

appellationsgerichte im Jahr 1835 in Sachen des Fiskalats der Stadt Frankfurt gegen die Redaktion des dortigen Intelligenzblattes abgegebenes Erkenntniß berufen, in welchem es ausgesprochen sei, daß der Fiskal nicht als Mandatar der Partheien, in deren Angelegenheiten er fungire, betrachtet werden könne. Allein dem Appellanten kann bei der Anwendung der, jener Entscheidung zum Grunde liegenden Auffassung auf die vorliegende Sache nicht beigepflichtet werden. In jenem früheren Falle handelte es sich um die Frage, ob der Fiskal, falls er auf Requisition von Privaten Exekutionen vollziehe, öffentliche Verkäufe ausführe und dergleichen und hierbei gegen dritte Personen Verbindlichkeiten übernehme — z. B. wie damals, Inserationskosten veranlasse — das Frankfurtische Staatsvermögen obligire. Diese Frage ist damals bejaht und hierbei die, freilich ohne Weiteres unverkennbare Qualität des Fiskals, als eines gerichtlichen Beamten, anerkannt worden. Allein hierdurch ist Nichts ausgesprochen, was den Ausführungen des Appellanten in der vorliegenden Sache das Wort redete. Denn eine amtlich autorisirte Person kann sehr wohl auch dazu eingesetzt sein, die Ausübung gewisser Rechte von Privaten zu sichern oder die Realisirung derselben zu bewirken, so daß Handlungen, welche sie auf Anrufen und im Interesse einer Parthei vornimmt, dieser Letzteren ohne Weiteres Rechte gewähren. Und dies findet hier Statt.

Nach früherem Frankfurtischen Rechte fand in Ansehung der Exekution im Civilprozesse das Verfahren Statt, daß dieselbe, nachdem sie vom Gerichte verfügt worden war, vom Prokurator des Klägers, welcher in der Reformation „Exekutor" genannt wird, besorgt wurde.

Ref. I. 45 §§ 3. 10. 13. 14. I. 46. § 3.

Dies ist in neuerer Zeit durch den

art. 34. der Const. Erg. Akte

abgeändert worden, indem durch denselben ein Fiskal und executor in civilibus angeordnet und diesem, neben anderen Funktionen auch die Hülfsvollstreckungen und die Direktion der Vergantungen sub hasta publica übertragen worden sind. So wenig es demnach zu bezweifeln ist, daß die Hülfsvollstreckungen „im Auftrage der

Justizbehörde" und nicht etwa durch den Fiskal als einen Privatmandatar der auf Exekution antragenden Parthei ausgeführt worden, ebensowenig ist es zu verkennen, daß der Fiskal, welcher vom Gesetze dazu bestimmt und vom Gerichte allgemein beauftragt ist, den Requisitionen der durch Exekutions-Ordonnanzen sich legitimirenden Partheien zu entsprechen, bei den vorzunehmenden Exekutionshandlungen für die requirirenden Partheien handelt und Diesen Rechte erwirbt. In Betreff der durch die Exekutionen herbeigeführten rechtlichen Wirkungen ist demnach gegen das ältere Recht durch die Einsetzung des Fiskals keine Aenderung herbeigeführt worden, wie denn auch aus dem Umstande, daß in früherer Zeit „des Klägers Fürsprecher beneben einem der geschwornen Richter"

Ref. I. 45 § 3

die exequirende Person bildete, hervorgeht, daß die Eigenschaft der Exekution als einer unter öffentlicher Autorität vorzunehmenden und gerichtlich zu controlirenden Maßregel zu jener Zeit nicht verkannt worden ist, als die betreffenden Handlungen dem eigenen Prokurator des Klägers übertragen waren.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß der Fiskal, wenn er bei der Hülfsvollstreckung Pfandgegenstände saisirt, Mobilien in vim executionis notirt oder Gelder erhebt, dies direkt für die requirirende Parthei vornimmt und dieser dadurch die den Umständen nach sich ergebenden Pfand- oder weiter reichenden Rechte erwirbt.

Bender l. c.
Adlerflycht Frankf. Privatrecht V. p. 1296.

Hiermit stimmt der aus dem, in vorliegender Sache abgestatteten Berichte des Fiskals hervorgehobene Umstand überein, daß durch den Fiskal erhobene Geldbeträge von den Partheien direkt bei ihm erhoben und ebensowenig zunächst dem Gerichte zugestellt, wie einer vorgängigen Cognition desselben unterzogen werden.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

1. der Reklamant an dem durch den Fiskal in Folge richterlichen Auftrags mit Beschlag belegtem Gelde zwar ein richterliches Pfandrecht, keineswegs aber ein Eigenthum erworben hat — so

lange die betreffenden Geldstücke an ihn nicht ausgeliefert worden sind —;

2. die Forderung des Klägers an sich nicht bestritten ist.

Das Appellationsgericht erkannte:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob nicht der Kläger durch die Beschlagnahme des fraglichen Ausstandes mehr schon als ein Pfand an letzterem erworben hat, ob derselbe nicht, von der Beschlagnahme an, in das volle Recht seines Schuldners rücksichtlich jenes Ausstandes eingetreten ist, da jedenfalls mit der Erhebung des letzteren durch den Fiskal die Exekution ihr volles Ende erreicht hat.

Die Einziehung des Geldes zur Auszahlung an den Gläubiger ist nicht eine pignoris capio, vielmehr hat der Fiskal, der hier als Mandatar des Klägers betrachtet werden muß, die Auszahlung des Geldes und dieses selbst für den Kläger empfangen: Letzterer ist von diesem Augenblicke an befriedigt und der beklagte Schuldner liberirt, — eine Auffassung, welche in dem Taxen-Gesetze vom 3. August 1852 § 10 sub 2 ihre Unterstützung findet. Hieraus folgt, daß weder die nach erfolgter Auszahlung an den Fiskal von dem Stadtgericht verfügte Inhibition der Exekutionen gegen Wolff, noch der später über das Vermögen dieses Letzteren erkannte Concurs den Kläger Trost irgend berühren kann.

177. Eine Concursmasse kann das Armenrecht bei ihrer Prozeßführung nicht beanspruchen.

Es ist auch über den Antrag des Appellanten auf Ertheilung des Armenrechtes zu erkennen. Demselben konnte indessen nicht entsprochen werden, da eine Concursmasse nicht befugt ist, Anspruch auf das Armenrecht zu machen, sondern, insofern sich keine Mittel zur Bestreitung der Kosten in der Masse finden, die Gläubiger für deren Rechnung und in deren Interesse der Prozeß geführt wird, Einschüsse für diesen Zweck machen müssen, wie das Oberappellationsgericht sich hierüber schon in früheren Entscheidungen ausgesprochen hat. Es war deßhalb auf eine Prüfung über die Sufficienz oder Insufficienz der Masse zur Tragung der Kosten überhaupt nicht einzugehen. Die der Wolff'schen Masse —

vom Stadtgerichte in Sachen derselben contra creditores ertheilte einstweilige Notirung der Stempel- und Gerichtsgebühren konnte auf die Entscheidung des Oberappellationsgerichts über den Armenrechtsantrag keinen Einfluß ausüben.

LXXX.

C. Küchler dahier, Kläger
contra
D. Hesselbein dahier, Beklagten.

C. Küchler klagt gegen D. Hesselbein auf Zahlung eines Saldo von fl. — kraft eines Schuldscheines d. d. 1. August 1851, in welchem Beklagter die „aufgestellte Schuld in allen ihren einzelnen Theilen nach der in seinen Händen befindlichen Specifikation als richtig anerkennt" und Terminzahlungen verspricht, bei deren Nichteinhaltung die ganze Schuld, resp. deren Rest alsbald exigibel sein solle.

Den Einwendungen (daß der Schuldschein vom 1. Aug. 1851 wegen mangelnder Unterschrift des Klägers Nichts beweise, — daß dieser Schuldschein als referens sine relato zu betrachten sei, — daß in dieser Urkunde ein unerlaubter Anatocismus versteckt wäre und daß beide Partheien stillschweigend zu Rückzahlungen je nach Möglichkeit einig geworden seien) ungeachtet wurde Beklagter vom Stadtgerichte am 5. Oktober 1853 für schuldig erkannt, den eingeklagten Betrag abzüglich zweier von Zinsen berechneten Zinsposten zu zahlen, auch $^9/_{10}$ der Streitkosten zu ersetzen.

Auf Appellation des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze das stadtgerichtliche Urtheil bestätigt:

vom Appellationsgericht am 21. Dec. 1853,

vom Oberappellationsgericht am 31. März 1854.

Das letztere Gericht verurtheilte Beklagten und dessen Anwalt, einen Jeden wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine Geldstrafe von 10 Thlr.

LXXXI.

Xaver Mutter von Görwihl, Liquidanten
contra
die Matthäus Kaiser'sche Debitmasse, Liquidatin.

Matthäus Kaiser stellte zur Sicherung einer Forderung dem Xaver Mutter am 7. September folgenden Cessionsschein aus: „. . . und cedire demselben an Zahlungsstatt von meinen Geschäftsausständen nach seiner, des Herrn Xaver Mutter, Wahl die Summe von fl. — — mit allen Rechten und Klagen zu seinem, des Herrn Mutter vollkommenen Eigenthum ꝛc." Als zwei Monate später Concurs über das Kaiser'sche Vermögen ausbrach, bestritt der Curator und Contradiktor der Debitmasse nicht nur die Gültigkeit der Cession, sondern behauptete auch, daß die Cession zur widerrechtlichen Verkürzung der übrigen Gläubiger des Cedenten geschehen sei und der Cessionar hiervon Wissenschaft gehabt habe.

Das Stadtgericht erkannte am 2. Mai 1853, unter Verurtheilung des Liquidanten in die seit Ende Januar 1851 (einen Theil der contradiktorischen Verhandlungen) entstandenen Kosten, die Cession für nicht zu Recht bestehend.

Auf Appellation des Liquidanten sprach das Appellationsgericht am 4. Juli 1853 unter Kostencompensation die Rechtsgültigkeit der Cession aus, und ließ die Liquidatin zum Beweise der **exceptio Paulliana** zu.

Auf Oberappellation der Liquidatin stellte das Oberappellationsgericht am 31. März 1854 unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder her.

178. Cession von Forderungen in Pausch und Bogen mit der dem Cessionar ertheilten Befugniß, sich bis zum Belaufe einer bestimmten Summe aus den debita cessa zu befriedigen.

Es wird — eine völlige Ungültigkeit der fraglichen Cession, selbst wie Liquidant solche auffaßt, daß ihm nämlich sämmtliche Kaiser'sche Ausstände, wenngleich nur bis zu dem bestimmten Betrage der klägerischen Forderung von fl. — — cedirt seien, sich nicht behaupten lassen. Denn man wird

a. die direkte und specielle Namhaftmachung der debitores cessi nicht als wesentliches Requisit zur Gültigkeit eines Cessionsakts betrachten dürfen, sondern diese auch dann anzuerkennen haben, wenn nur überhaupt der Cessionar, obschon vielleicht bloß mittelbar, in den Stand gesetzt wird, über Betrag und Beschaffenheit der ihm cedirten Forderungen dergestalt sich zu vergewissern, daß er zu deren Einziehung für eigene Rechnung schreiten könne. Wenn daher hier dem Cessionar die Wahl aus sämmtlichen Geschäftsausständen zugestanden ist, über letztere auch aus den Geschäftsbüchern sicherer Aufschluß zu gewinnen und jedenfalls der Cedent selbst für seine Person zu deren Vorlegung verbunden gewesen wäre, so kann allerdings nicht behauptet werden, daß bei dem vorliegenden Geschäfte eine solche Ungewißheit über dessen Gegenstand bestanden habe, welche der Annahme jedes Consenses der Contrahenten entgegenstände und damit das Zustandegekommensein des verhandelten Rechtsgeschäfts schlechthin ausschlösse. Ebenso wird sich

b. nach Analogie der hereditatis venditio, wo solches regelmäßig und nothwendig eintritt, daran kein Anstoß nehmen lassen, daß hier die cedentischen Forderungen gleichsam in Pausch und Bogen übertragen wurden; noch kann, daß dieser Uebergang doch wieder nur bis zu einem bestimmten Geldbetrage stattfinden soll, der Rest der Kaiser'schen Ausstände also der Masse verbliebe, als erheblich gelten, indem die Rechte des Cessionars gegenüber den debitores cessi wesentlich auf einem Mandate des Cedenten beruhen und Letzterer nicht gehindert sein kann, Jenen zugleich zu seinem eigentlichen Mandatare und zu einem procurator in rem suam zu bestellen. Erwägt man daher

c. noch, daß in der

L. 34 § 1 D. de legat. III.

eines Prälegats dahin gedacht wird, es sollten die übrigen Erben dem Bedachten ex calendario viginti nomina, quae elegerit sibi überlassen, daß sonach bezüglich des Objekts der Cession die Gewährung eines Wahlrechts an den Cessionar sogar ein gesetzliches Anerkenntniß für sich hat, so wird man die Zulässigkeit und Rechtsgültigkeit einer solchen Wahl- und Pausch-Cession, wie vorliegend, an und für sich, sowie dem Cedenten selbst gegenüber nicht in Zweifel ziehen können.

Das Stadtgericht gründete seine Entscheidung darauf, daß

2. nach des Liquidanten eigener Darstellung eine Cession bestimmter Forderungen nicht stattgefunden hat.

Das Appellationsgericht erkannte:

Es ist nicht bestritten, daß der Gemeinschuldner die ihm zustehenden Ausstände bis zum Betrage von fl. — — an den Liquidanten, seinen Gläubiger, für diesen Betrag an Zahlungsstatt übertragen und Letzterem die Wahl unter jenen Ausständen zugestanden hat. Ohne Uebertragung der Wahl auf den Cessionar und mit Belassung derselben bei dem Schuldner war die aus der Cession entstandene Obligation eine incerta; mit der Uebertragung der Wahl auf den Gläubiger hat diese Ungewißheit aufgehört: über den Gegenstand der Abtretung ist nun kein Zweifel mehr. Eine Zurückweisung der Ansprüche des Liquidanten aus der vorliegenden Cession aus dem in dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse deßfalls angeführten Grunde ist darum nicht gerechtfertigt.

179. Einfluß des Concurses auf das von dem Cridar eingegangene, aber noch nicht von beiden Seiten erfüllte Rechtsgeschäft — in besonderer Anwendung auf das in der Nr. 178 mitgetheilte Cessionsgeschäft.

Im vorliegenden Falle hat indessen weder Auswahl unter den zur Cession und mittelst dieser zur Befriedigung Liquidantens bestimmten Geschäftsausständen, noch Denunciation einzelner Geschäftsdebitoren, von welchen Liquidant die ihm zugedachte Befriedigung erhalten wollte, und zu welchen er erst durch die

Denunciation in persönliche Beziehung und in ein solches Verhältniß getreten wäre, daß nur ihm und nicht mehr dem Cedenten Zahlung gültiger Weise hätte geleistet werden können, bislang stattgefunden oder auch nur, da dem Liquidanten selbst die in dritten Händen befindlichen Geschäftsbücher so wenig zugänglich waren, als dem Cridar und Cedenten, stattfinden können. Es scheint sogar Liquidant bis zu dem erst zwei Monate später ausgebrochenen Concurse weder direkt, noch durch seinen Cedenten irgend welche Schritte zu näherer Erkundung der ihm cedirten Geschäftsausstände und behufs Ausübung des ihm ertheilten Wahlrechts gethan zu haben. Bei Eröffnung des Concurses waren daher die einzelnen Geschäftsausstände noch nicht für völlig aus dem cedentischen Vermögen ausgeschieden zu erachten. Da nun auch, was auf Grund und zu Realisirung der mit dem Cridar verabredeten datio in solutum dem wirklichen Erwerbe jener ausstehenden Forderungen zu selbstständiger Verfolgung hätte vorausgehen müssen, und wodurch allein erst der Umfang, in welchem der bloß generell bis zu bestimmtem Betrage zugesagte Uebergang jener Ausstände wirklich stattfinden solle, näher bestimmt werden würde, die Erklärung nämlich über die dem Belieben Liquidantens anheimgestellte Auswahl selbst gegenwärtig noch fehlt, auch ohne Mitwirkung der übrigen Concursgläubiger resp. des Vertreters der Masse, welchen solche wider ihren Willen nicht angesonnen werden kann, gar nicht einmal möglich ist, so stellt sich sowohl die faktische Lage als die rechtliche Stellung des Liquidanten, trotz der Gültigkeit jenes Abkommens vom 7. Sept. 1850, nicht anders dar, als wenn etwa der Cridar körperliche Sachen seines damaligen Vermögens dem Liquidanten verkauft oder an Zahlungsstatt überlassen, deren wirkliche Tradition aber vor eingetretenem Fallissement noch nicht vorgenommen gehabt hätte, und sonach jenes wirkliche oder Quasi-Kaufgeschäft nicht zur Ausführung gelangt gewesen wäre. Wie nun in diesem Falle Liquidant, obwohl er bis zur oder bei unterbliebener Concurs-Eröffnung gegen den Cridar einen ganz unzweifelhaften und wohlbegründeten Anspruch auf Vollzug des Traditionsaktes gehabt haben würde, weder schon als Eigenthümer der verkauften Sachen gelten könnte, noch von dem Masse-Curator und

den übrigen Concursgläubigern zu verlangen berechtigt wäre, daß sie durch Tradition der Sachen jenes Geschäft vollzögen, wie vielmehr in jenem Falle dem Liquidanten, selbst wenn er den Kaufpreis bereits gezahlt hätte, nichts Anderes übrig bleiben würde, als sich wegen seiner vermeinten Ansprüche beim Concurse anzumelden,

Schweppe System des Conc. § 62

Bayer Theorie des Conc. Proz. § 32. II. 2.

so kann auch in vorliegendem Falle, wo zwar das, die causa cessionis bildende Abkommen über die datio in solutum perfekt geworden ist, aber der, die Stelle der traditio vertretende Cessionsakt selbst, weil von der zu treffenden Auswahl abhängig, als noch nicht geschehen erachtet werden muß, dem Liquidanten, obwohl er ein Recht auf Vollendung des Cessionsakts hat, doch nicht an diesen Forderungen des Cridars aus der Cession ein die übrigen Gläubiger ausschließendes Recht zugestanden, noch angenommen werden, daß bis zu dem Betrage seiner ursprünglichen und anerkannten Forderungen jene nomina cessa schon völlig aus der Masse heraus und in sein Vermögen übergegangen seien.

Das Appellationsgericht erkannte:

2. Es kann auch mit der Liquidatin nicht behauptet werden, daß die in Frage stehende Uebertragung für so lange überhaupt als nicht geschehen zu betrachten wäre, als der Cessionar eine Wahl noch nicht vorgenommen habe. Die Urkunde läßt über den Willen zu cediren, und wie schon bemerkt, über den Gegenstand der Abtretung keinen Zweifel zu, und damit war der Uebergang der Ausstände vollendet.

3. Der Umstand, daß ehe der Cessionar das ihm zustehende Auswählungsrecht ausgeübt hat, über das Vermögen seines Cedenten Concurs erkannt worden ist, macht die Ausübung jenes Wahlrechts keineswegs unzulässig. Darauf ob die Gläubiger eines Gemeinschuldners nur aktive oder auch passive Repräsentanten des letzteren sind, kommt es hier überall nicht an. Die Rechte der Gläubiger an dem Vermögen ihres Gemeinschuldners gehen nur so weit, als solches Vermögen überhaupt auf sie übergegangen ist; in dem vorliegenden Falle aber sind die Ausstände des Gemein-

schuldners auf die Gläubiger nur insoweit übergegangen, als sie den Betrag von fl. — — übersteigen und von dem Wahlrecht des Klägers nicht betroffen werden.

LXXXII.

S. M. Haas dahier, Kläger
contra
Z. W. Wertheimber dahier, Beklagten.

Z. W. Wertheimber stellte am 29. Februar 1848 folgende Urkunde aus:

Herrn Samson Mayer Haas, hier.

Ultimo März 1848 beziehe ich von Ihnen Gulden Zwanzigtausend kaiserl. königl. Oesterr. einprocentige Obligationen, ein kaiserl. königl. Oesterr. 250 fl. Loos und sieben Stück Darmstädter fünfzig Gulden Loose gegen meine baare Erlege von fl. 4800 im fl. 24 Fuß nebst meiner besonderen Zinsvergütung der bis zum 31. März 1848 auf den einprocentigen Metalliques haftenden Zinsen. Nach ultimo März 1848 ist dieses mein Engagement erloschen.

Dagegen gab S. M. Haas an demselben Datum folgende Urkunde ab:

Herrn Zach. Wertheimber, hier.

Ultimo März 1848 liefere Ihnen 20,000 fl. kaiserl. königl. Oesterr. einprocentige Obligationen, ein kaiserl. königl. Oesterr. 250 fl. Loos und sieben Stück Darmstädter 50 fl. Loose gegen Ihre baare Erlege von fl. 4800 im fl. 24 Fuß nebst besonderer Vergütung der auf den einprocentigen Metalliques bis zum 31. März 1848 haftenden Zinsen. Nach ultimo März ist dieses mein Engagement erloschen.

Haas behauptet nun zur Begründung einer Klage:

Wertheimber habe ihm obige Staatspapiere versetzt und sei notariell am 31. März 1848 zur Einlösung aufgefordert worden:

da derselbe aber unter dem ungegründeten Vorgeben, daß seine Verbindlichkeit durch Uebereinkunft prolongirt worden sei, Zahlung verweigert habe, so habe Kläger die fraglichen Werthpapiere gesetzmäßig am 6. April 1848 versteigern lassen und verlange nunmehr Ersatz des Mindererlöses, resp. der Differenz mit fl. —. In der Replik gab Kläger noch an, daß Beklagter ihm die Metalliques-Obligationen (und zwar unter anderen auch einige uncoursmäßige à fl. 500, welche von Gebrüder Baß am 27. Februar 1848 umgetauscht wurden) durch Gebrüder Baß am 31. Januar 1848 behändigt habe und daß das ursprünglich nur bis ultimo Februar 1848 abgeschlossene Geschäft durch Behändigung der weiteren Werthpapiere, statt der Rückzahlung von fl. 800, bis ultimo März prolongirt worden sei.

Beklagter behauptet einen Zeitkauf, — ein Staatspapieren-Lieferungsgeschäft auf ultimo Februar abgeschlossen zu haben und zwar auf Lieferung von fl. 20,000 einprocentige Metalliques. Durch die Weltereignisse im Jahr 1848 seien die Course (hier die in Rede stehenden Papiere um circa fl. 800) so gefallen, daß gegen Erlegung von 1 Oesterr. fl. 250 Loos und 7 Darmstädter fl. 50 Loose die Partheien sich geeinigt hätten, das fragliche Geschäft in so lange zu prolongiren, als sich die Zeitverhältnisse und mit ihnen die Course dieser Papiere nicht verbessern würden.

Das Oberappellationsgericht erkannte am 17. Februar 1851, daß Kläger den Grund seiner Klage und zwar dahin: „daß er die am 6. April 1848 öffentlich versteigerten, in der Note vom 31. März 1848 specificirten Staatspapiere zur Sicherheit für ein dem Beklagten zu Ende Januars 1848 gemachtes, ultimo Februar prolongirtes Darlehn von fl. 4800 in Versatz erhalten habe," besser, als geschehen, zu beweisen schuldig sei. Für den Fall, daß Kläger diesen Beweis erbringt, wurde Beklagter zu dem Beweise der Einrede der Prolongation zugelassen.

Kläger trat den ihm nachgelassenen Beweis durch Zeugen, durch Urkunden, namentlich die dieser Geschichtserzählung vorangestellten Engagementsbriefe und durch Sachverständige an.

Die Fragen, die die Sachverständigen zu beantworten hatten und deren Antworten sind folgende:

I. Probationsfragen.

A. Ob die Gewährung eines solchen Ueberschusses von 1 1/8 % auf einprocentige Metalliques-Obligationen (Gebrüder Baß lieferten diese Werthpapiere zu 20 %, während sie 21 1/8 % notirt waren) in einer Zeit tiefer Ruhe, wie sie am 31. Januar 1848 bestand, in einer Zeit, wo der Unterschied der Course zwischen Papier und Geld nur auf 1/16 % sich belief, die Annahme eines Verkaufs- und Lieferungs-Geschäfts gestatte? Ob nicht vielmehr nach kaufmännischen Geschäftsbegriffen nur die Annahme eines Depotgeschäfts, Versatzgeschäfts die allein denkbare sei?

Antwort. Der Coursunterschied von 21 1/8 auf 20 % erscheint nicht als ein Verkauf.

B. Ob nicht, nach dem bei Handelsleuten und Capitalisten hier bestehenden Platzgebrauch, die Darlehnsgeschäfte gegen Depot und Versatz von Staatspapieren ganz gewöhnlich in der Form der (oben mitgetheilten) Belehnungsbriefe beurkundet zu werden pflegen?

Antwort. Es läßt sich diese Frage nicht mit Bestimmtheit beantworten: nach unseren Erfahrungen pflegen Engagementsbriefe allzuverschieden abgefaßt und von der richtigen Form sehr häufig abgegangen zu werden.

C. Ob nicht die Ausdrücke „meine baare Erlege" und „Ihre baare Erlege" und die runde Summe von fl. 4800 ohne alle Coursbeziehung in den nämlichen Briefen gegen eine gemischte Parthie von Effekten, zinstragenden und zinsenlosen, und sogar von verschiedenen Staaten, die Auslegung auf Darlehn und Versatz unbedingt und sicher darbieten?

Antwort. Die runde Summe von fl. 4800 ohne alle Coursbeziehung gegen eine gemischte Parthie von Effekten macht uns die Auslegung auf Darlehn gegen Versatz wahrscheinlich.

D. Ob nicht der Mangel einer jeden Ermittelung und Bezeichnung von Coursen und das Auswerfen einer runden Summe von fl. 800 in den nämlichen Urkunden darthun, daß hier nicht von einer Coursdifferenz auf ein Zeitkauf-Geschäft von einprocentigen Metalliques-Obligationen und nicht von einem Verkauf und Kauf von Obligationsloosen die Rede war, sondern von einer

Abrechnung von fl. 800 auf das Darlehn von fl. 4800 und von einer Wiederzurechnung von fl. 800 auf dieses Darlehn gegen den Pfandzuschuß, der in den fournirten acht Loosen bestand? (Die fragliche Urkunde lautete: Nota für Herrn S. Maas über fournirte 1 österr. fl. 250 Loos, Ser. — Nr. — und 7 Darmst. fl. 50 Loose, Nr. — — gegen fl. 800 im 24 fl. Fuß. Frankfurt, den 28 Februar 1848. J. W. Wertheimber.)

Antwort. Die weitere Ueberlassung von Loosen erscheint uns in der Wirklichkeit als Zuschuß für den Minderwerth der fl. 20000 1 % Metall. Obligationen.

E. Ob es nicht Frankfurter Platzgebrauch ist, daß bei Lieferungsgeschäften (Zeitkäufen) von Staatspapieren die während der Lieferzeit fällig werdenden Coupons dem Lieferer bleiben, nicht dem Bezieher gehören? daß hingegen bei Versatzgeschäften (Belehnungen) solche Coupons dem Deponenten sind und bleiben?

Antwort. Bei gewöhnlichen Zeit-Geschäften gehören die während der Lieferzeit fällig werdenden Coupons dem Verkäufer, wenn nicht besondere Bedingungen darüber gestellt sind. Bei Versatz-Geschäften hat der Deponent die fällig werdenden Coupons zu übernehmen.

II. Reprobationsfragen.

1. Ist nicht aus der Form der Briefe zu entnehmen, daß hier lediglich ein gewöhnliches Prolongations-Geschäft vorliege?

Antwort. Es läßt sich dieses nicht entnehmen und zwar aus den oben zu B. angeführten Gründen.

2. Besteht nicht ein solches Prolongations-Geschäft darin, daß man Papiere, welche man zu beziehen hat, an einen Dritten abliefern läßt, und sich gegen denselben mittelst eines gewöhnlichen Engagementsbriefes verpflichtet, diese Papiere an einem bestimmten Tage von demselben wieder zurückzukaufen?

Antwort. Es findet dieses allerdings bei Prolongations-Geschäften Statt; es geschieht aber auch häufig ebenfalls bei Depot-Geschäften der Bequemlichkeit halber.

3. Ob nicht die Experten die Form angeben können, in welcher solche Geschäfte abgefaßt werden, wo Jemand ein Darlehn aufnimmt und dagegen Staatspapiere au porteur in Versatz giebt?

Antwort. Wie die Form für derartige Geschäfte gesetzlich sein soll, werden die Gerichte am besten angeben können, indessen lehrt die Erfahrung, daß solche größtentheils nicht beobachtet wird.

4. Ob nicht bei Darlehns-Versatz-Geschäften von Staatspapieren stets besondere und separat zu vergütende Zinsen stipulirt und die fälligen Coupons den Verpfändern unentgeltlich ausgeliefert werden?

Antwort. Bestimmte Zinsen werden allerdings festgesetzt und die laufenden Coupons sind demnach Eigenthum des Verpfänders, indessen findet es auch Statt, daß auf die fälligen Coupons der in Pfand gegebenen Papiere der Zins abgerechnet wird.

5. Ob in dem Schreiben des J. Wertheimber vom 29. Februar 1848 nicht die Ausdrücke:

a. ultimo März beziehe ich von Ihnen,

b. nebst meiner besondern Vergütung der bis zum 31. März auf den einprocentigen Metalliques haftenden Zinsen,

c. nach ultimo März ist dieses Engagement erloschen,

nur bei Lieferungs- und Prolongationsgeschäften üblich sind?

Antwort ad a. Ebensowohl auf Prolongation als Depot anwendbar.

ad b. Durch die Antwort ad 4 erledigt.

ad c. Nach unserer Ansicht erlischt ein Depot allerdings nicht früher als vollständig bezahlt; wir wissen freilich, daß Versatzbriefe sehr häufig mit dem Zusatze des Erlöschens bei Ablauf des Engagement geschrieben werden: ob richtig oder unrichtig, müssen wir zur Beurtheilung dem Gerichte anheimgeben.

6. Ob nicht bei Prolongations-Geschäften, namentlich bei verschiedenen Gattungen von Effekten, wie hier, statt der Coursangabe zuweilen und sehr häufig eine runde Summe als dem Stückkaufs-Betrag der in Prolongation gegebenen Papiere bestimmt werde und diese Form durchaus Nichts an der rechtlichen und merkantilischen Natur der Prolongations-Geschäfte ändere?

Antwort. Bei Prolongations-Geschäften werden in der Regel Course und keine runden Summen bestimmt.

Das Stadtgericht erkannte am 21. Mai 1852 auf den Erfüllungseid des Klägers. Dieses Urtheil wurde auf des Beklagten Appellation und Antrag von Aktenversendung in zweiter Instanz unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten bestätigt

vom Spruchcollegium zu Marburg am 1. Dec. 1852,
vom Oberappellationsgericht am 31. März 1854.

Die zweite Instanz schaltete für die Eidesformel nach den Worten des Beweissatzes „für ein dem Beklagten zu Ende Januar 1848" die Bestimmung „mit dessen Einverständnisse" ein.

180. Vermuthung für ein Pfandgeschäft bei einem Vertrage über Staatspapiere.

Es muß der Umstand, daß am 31. Januar 1848, wo — Kläger — die Metalliques zu dem angegebenen Course von 20 % empfing, nach dem vorliegenden Coursblatte gedachte Effekten einen Coursstand von 21 1/8 % gehabt haben, schon an sich für die Annahme eines Pfandgeschäftes sprechen. Zwar findet sich dies nur als der Brief-Cours jenes Tages angegeben; indessen ist doch die sonst aus obigem Coursblatte sich ergebende Differenz von Brief- und Geld-Cours eine viel geringere als 1 1/8 % und ein weit unter Tagescours erfolgender Verkauf hat, vollends zwischen Handelsleuten, alle Wahrscheinlichkeit gegen sich, während es durchaus nichts Befremdliches hat, daß in Zeiten politischer Ruhe, wo sich ein rascher Wechsel des Courses in der Regel nicht befürchten läßt, für die kurze Zeit von vier Wochen sich Jemand zu einem Darlehn verstehe, wobei ihm der augenblickliche Cours der verpfändeten Staatspapiere, wenn auch eine geringere, als sonst nach

Bender Verkehr mit Staatspapieren p. 447, 474

üblich sein soll, aber immer doch noch eine Deckung von 5 bis 6 % gewährt; am wenigsten, wenn er, wie es hier den Anschein hat, mit dem Darlehnsschuldner schon häufig in Geschäftsbeziehungen gestanden hat und dieser ihm anderweitig als zahlungsfähig und sicher bekannt war oder erscheinen durfte.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

II. zur Erbringung des Beweises Kläger in seiner Beweisantretung zunächst

1. sich darauf berufen hat, daß die ursprünglich von Gebrüder Baß für Rechnung des Beklagten am 31. Jan. 1848 bezogenen 1 % Metalliques-Obligationen im Nominalbetrage von fl. 20000 nach dem Coursblatt vom 31. Januar 1848 einen Courswerth von 21 ⅛ gehabt und daher einen Ueberschuß auf die gezahlten fl. 4800 von fl. 270 oder von 6 % für ein auf vier Wochen contrahirtes Geschäft dargeboten hätten und

2. für die zu ziehende Schlußfolgerung, daß bei einer solchen bedeutenden Ueberbesserung kein Verkaufs- und Lieferungs-, sondern ein Depot-Geschäft anzunehmen sei, das Gutachten der Sachverständigen veranlaßt hat, welches rücksichtlich der Frage A. sich nicht für die Annahme eines Verkaufs- und Lieferungsgeschäfts ausspricht.

Die zweite Instanz erkannte:

Gegen den Entscheidungsgrund, daß nach dem Urtheil der Sachverständigen der oben angegebene Coursunterschied nicht als Verkauf erscheine und demnach ein Depotgeschäft anzunehmen sei, wendet Appellant ein, daß die Staatspapiere in der Wirklichkeit zuweilen niedriger ständen, als die papierene Notiz (das Coursblatt) sie angebe. Abgesehen davon, daß für diese durch nichts unterstützte Behauptung durchaus keine Vermuthung streitet und wohl nur hin und wieder von Einzelnen, denen es um einen augenblicklichen Absatz der Papiere zu thun ist, dieselben zu einem geringeren Cours verkauft werden, als sie im Coursblatt notirt sind, so bemerkt Appellat — sehr richtig —, daß für ihn das Coursblatt die Basis sein mußte, auf welche er mit dem Appellanten contrahirte. Depotgeschäfte werden allerdings unter dem Cours gemacht. Von diesen, nicht von Prolongationsgeschäften spricht Bender Verkehr mit Staatspapieren p. 444.

Hier heißt es: die Capitalisten schießen gegen einen Zinsfuß von etwa 5 — 8 % per Jahr ungefähr ⅘ des Werths der Papiere vor. Kauf kann nicht durch Vorschießen bezeichnet werden.

181. Depotgeschäft. Darlehn unter Versatz von Staatspapieren in der Form eines pactum retrovenditionis et emtionis.

Wie im Handelsverkehre nach

Bender Verkehr mit Staatspapieren p. 448

Depotgeschäfte auch wohl in der Form geschlossen werden, daß der Depositar die ihm vom Deponenten unter Tagespreis verkauften Papiere zu einem späteren Termin demselben wieder zu verkaufen sich verpflichtet, so läßt sich auch vom rechtlichen Standpunkte aus nicht verkennen, daß ein solches Geschäft sub pacto retrovenditionis et emtionis, wobei für Einkauf und Wiederverkauf ein sich völlig gleichbleibender, den wahren Werth nicht erreichender Preis festgesetzt ist, sowohl der Intention, als dem Effekte nach, einem Darlehn unter Versatz gleichkomme. Insofern also einmal feststeht, daß für Beklagtens Rechnung die fraglichen Metalliques unter Cours an Klägern — geliefert worden seien und, da außerdem Beklagter selbst nicht bloß — angegeben hatte, daß er pro ultimo Februar zu demselben Preise von fl. — zur Wiederabnahme sich anheischig gemacht habe, sondern auch nicht bestritt, daß Klägern für den Monat Februar 4 % Zinsen zugekommen seien, könnte der Beweis, daß es sich hier nur um ein Pfandgeschäft, d. h. um Sicherstellung des Klägers, gehandelt habe, für materiell erbracht um so eher ohne Weiteres erachtet werden, als begreiflicher Weise darauf nichts ankommen kann, daß Beklagter die Zusage der Wiederabnahme jener Effekten als ein Prolongationsgeschäft in dem gewöhnlichen Sinne eines s. g. marché à report aufzufassen und zu benennen beliebte.

182. Vermuthung gegen Annahme eines Kaufes und für Verpfändung von Staatspapieren.

Zu dem, den Erfüllungseid rechtfertigenden Zeugenbeweis tritt hinzu, daß die schon im diesseitigen Erkenntnisse vom 17. Februar 1851 geäußerte Ansicht, es spreche die Festsetzung der für die Metalliques vom Beklagten zu leistenden Zahlung auf eine runde Summe, statt nach dem Tagescourse oder nach Procentsätzen gegen Annahme eines Kaufes und für das Vorhandensein einer Ver-

pfändung, nunmehr durch den Sachverständigen-Beweis eine wesentliche Unterstützung erhalten hat; wobei weder darauf, wie Beklagter einwendet, etwas ankommen kann, daß die Experten zur Reprobationsfrage 6 nur mit dem Beisatze „in der Regel" die Berechnung nach Coursen für üblich bei Prolongationsgeschäften erklärt haben, noch darauf, daß ihr Gutachten sub C. dahin lautet, es werde ihnen „die Auslegung" der Noten auf Darlehn gegen Versatz durch die runde Summe ohne alle Cours-Beziehung „wahrscheinlich" gemacht. Denn durch ganz entschiedene Erklärung für das Vorhandensein eines Pfandgeschäfts würden offenbar die Experten nicht bloß mit dem in Widerspruch getreten sein, was sie ad B. bezeugt hatten, daß nämlich unter Handelsleuten von der richtigen Form sehr häufig abgewichen, diese größtentheils, ihrer Erfahrung nach, nicht beachtet würde, sondern sie hätten damit auch, was ja Beklagter selbst als vor Allem bedenklich und außerhalb der den Experten gestellten Aufgabe belegen ansieht, der dem Richter obliegenden Entscheidung vorgegriffen. Daß dieselben aber jenen Beisatz „in der Regel" beliebten, ist offensichtlich nur durch die Fassung der beklagtischen Gegenfrage veranlaßt, wonach bei Bestimmung des Prolongations-Rückkaufs-Betrags die Festsetzung einer runden Summe sogar „sehr häufig" vorkommen sollte, und kann dies der Beweiskraft jenes Ausspruches in keiner Weise Abbruch thun, da, wenn auch nur gewöhnlicher Maßen bei Verkäufen eine derartige Bestimmung des Kaufpreises nicht stattfindet, es Sache des Beklagten sein würde, vorliegend das Vorhandensein eines Ausnahme-Falles, was gar nicht einmal versucht ist, zu documentiren.

Die zweite Instanz erkannte:

Für das Depotgeschäft spricht nach den Aeußerungen der Sachverständigen, welche dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse unterlegt werden, der Umstand, daß bei Prolongationsgeschäften „in der Regel" Course und keine runde Summe bestimmt werden. Dies entspricht dem Wesen des Prolongationsgeschäfts, insofern es ein Kauf und resp. Verkauf ist. Die Papiere sind die Waare, welche gekauft wird, und der Cours enthält die Werthbestimmung

der Waare. Denn einzig und allein der Cours entscheidet über den Werth der Papiere

Bender Verkehr p. 445.

Thöl Handelsrecht § 90. „Das Prolongationsgeschäft ist ein Kauf und Verkauf in Folge eines Entschlusses nach verschiedenem Cours abgeschlossen. Derjenige, der die beiden Geschäfte abschließt, verkauft theurer, als er kauft; die Differenz ist sein Gewinn."

Thöl Verkehr mit Staatspapieren § 11.

183. Verpflichtung des Faustpfandgläubigers.

Es kann aber darin dem Beklagten nicht beigetreten werden, daß der ausreichend constatirte Umtausch einzelner der am 31. Januar dem Kläger gelieferten Metalliques-Obligationen abseiten des Letzteren der Annahme des vom Kläger behaupteten Geschäftsverhältnisses entgegenstehe. Denn mag auch, wie es allen Anschein hat, dieser Umtausch ohne Wissen Beklagtens, jedenfalls ohne deßfallsige Verhandlung zwischen ihm und den Gebrüdern Baß geschehen sein, so hatte ja Kläger auch als bloßer Pfandgläubiger, um nicht bei dereinstiger Einlösung der Metalliques durch Beklagten dieserhalb in Weiterungen zu gerathen, ebensowohl das Recht, als ein Interesse unlieferbare und nicht börsenmäßige Obligationen zurückzuweisen oder deren spätere Rücknahme gegen bessere zu verlangen, und war derselbe, insofern er für Beklagtens Rechnung, also zugleich als dessen Mandatar jene Effekten von den Gebrüdern Baß übernahm, für deren Lieferbarkeit sogar verantwortlich.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

IX. nicht, wie Beklagter vermeint, aus . . . dem Umtausche eines Theils der betreffenden Obligationen auf ein zwischen dem Kläger und dem Beklagten bestandenes Prolongationsgeschäft zu schließen ist, da auch bei einer Verpfändung der Beklagte den Kläger wegen des Bezugs der verpfändeten Staatspapiere an die Gebrüder Baß verweisen und Kläger in der Eigenschaft als Faustpfandgläubiger mangelhafte Obligationen gegen untadelhafte umtauschen konnte.

Das Spruchcollegium zu Marburg erkannte:

Unter den am 31. Januar 1848 von Baß gelieferten

Metalliques fanden sich Stücke von fl. 500. Am 27. Februar tauschte Baß dieselben gegen Stücke von fl. 1000 um. Dieser Umtausch, behauptet Appellant, stoße gegen die Natur eines Depotgeschäftes an und widerspräche den Bestimmungen der Ref. II. tit. 17 §§ 4 u. 17 und tit. 21 § 3. In der zuerst angeführten Stelle ist verordnet: „der Schuldherr soll solch Pfand also treulich bei sich behalten, gleich dem Seinen vor Schaden und Verringerung verwahren, selber nicht gebrauchen, noch vernützen, noch anders zu gebrauchen verleihen, damit sie dem Schuldner nach geschehener Bezahlung wiederum, in Maßen sie empfangen, geliefert werden mögen". Diese zur Sicherstellung des Schuldners getroffenen Bestimmungen über die dem Gläubiger obliegenden Pflichten bei Verwaltung des Pfandes passen auf den vorliegenden Fall nicht, da der Schuldner durch den Umtausch nichts verlor. Die anderen Stellen gehören gar nicht hierher, da die eine von Hypotheken, die andere von dem eigentlichen Depositum handelt.

184. Einrede des mangelnden Pfandbriefes und der nicht vorhandenen Pfandspecifikation.

Der Einwand, daß ein Pfandbrief und eine Pfand-Specifikation hätte ausgestellt werden müssen, verdient in seiner ersten Hälfte so wenig eine Widerlegung und hat in seiner zweiten eine solche schon so bündig in den Entscheidungsgründen der sententia a qua gefunden, daß hier füglich die doppelte Bemerkung genügen kann, wie einerseits bei den Metalliques-Obligationen, welche durchaus den Charakter fungibler Sachen haben, und für das hier in Frage stehende Januar-Geschäft allein in Betracht kommen, die Identität der von Gebrüder Baß für Beklagtens Rechnung empfangenen und der von Klägern an Beklagten zurückzugewährenden Stücke für Letzteren ohne alles Interesse,

vergl. Bender Handbuch p. 250

zu ihrer speciellen Verzeichnung nach Nummern mithin ein Grund um so weniger vorhanden war, als die Baß'schen Noten und Bücher nöthigenfalls darüber Aufschluß gegeben hätten, wie andererseits der Mangel jeder schriftlichen Note über das zwischen Klägern und Beklagten geschlossene Geschäft und bestehende Rechts-

verhältniß von dem beklagtischer Seits vertretenen Standpunkte aus, daß es sich nämlich um ein Lieferungs-, resp. Prolongationsgeschäft gehandelt habe, allermindestens ebenso auffallend sein müßte, als ein Versatz ohne ausdrückliche schriftliche Pfandbestellung.

Die zweite Instanz äußerte sich:

Appellant kann sich nicht auf Bender Verkehr p. 638 und 645 berufen, indem hier nur Formulare abgedruckt, aber keine Vorschriften über die Abschließung eines Prolongationsgeschäfts ausgestellt sind, noch auf die Reformation, indem § 5 tit. 17 Theil 2 über die Bestellung der Faustpfänder nur die Bestimmung trifft, der Gläubiger solle gehalten sein, dem Schuldmann, sonderlich auf sein Begehren ein Bekenntniß mit Specificirung der Schuldsumme und der dafür empfangenen Pfänder zuzustellen, § 12 flg. aber von Hypotheken handelt, also hier keine Anwendung findet. Appellat bemerkt richtig, daß die Bestimmung des § 5 nicht den Sinn habe, das Versatzgeschäft solle ungültig sein, wenn der Gläubiger kein schriftliches Bekenntniß über das specificirte Pfand ausstelle.

185. Sogenannte Erlöschungsklausel bei einem Versatzgeschäfte von Staatspapieren.

Die in dem früheren diesseitigen Erkenntnisse aus Fassung und Inhalt der fraglichen Noten entnommenen Bedenken gegen die Annahme eines Pfandgeschäftes sind, so viel die darin gebrauchten Ausdrücke „liefere" und „beziehe," sowie die beigefügte Erlöschungsklausel anbelangt, so gut, wie ganz beseitigt. Es haben nämlich die Experten zur Reprobationsfrage 5. a und c (zur Probationsfrage C.) ganz bestimmt erklärt, jene Ausdrücke seien auf Prolongations- und Darlehnsgeschäfte „gleich anwendbar" und würden ihres Wissens „sehr häufig" wenn auch eigentlich ihres Erachtens unrichtigerweise, „Versatzbriefe mit dem Zusatze ihres Erlöschens bei Ablauf des Engagements geschrieben," und obgleich Klägers Behauptung, seinerseits immer nur unter solcher Klausel sich in Depotgeschäfte einzulassen, unerwiesen geblieben ist, so gewinnt dies doch wenigstens für den vorliegenden Fall einige

Wahrscheinlichkeit, wenn und weil es sich hier nicht um einen neuen Geschäftsabschluß, sondern um eine vom Beklagten gewünschte Verlängerung des früheren Depotgeschäfts gehandelt hat, indem bei der damaligen politischen Lage ein solcher Vorbehalt, für Ende März mit Bestimmtheit auf Einlösung zu rechnen und zu weiterer Prolongirung sich nicht verstehen zu wollen, sehr erklärlich erscheinen muß.

186. Nicht vorhandene specielle Bezeichnung des Pfandobjekts.

Anbelangend aber den Umstand, daß auch die fraglichen Engagementsbriefe, obwohl nicht auf die Metalliques beschränkt, sondern die nachgelieferten Lotterieloose, sonach Effekten von mehr individueller Geltung mitumfassend, eine Angabe nach Nummern und Serien nicht enthalten, so wird — — — dieser Mangel dadurch unerheblich, daß, wenn auch nur in Klägers Händen, ein Verzeichniß dieser Lotterieloose existirte, dessen Edition Kläger nicht hätte weigern können, zumal auch vom Beklagten der weiteren Angabe des Klägers, daß für den März 1848 keine Verloosung in Aussicht gestanden habe, nicht widersprochen ist, — für ihn also Kenntniß der speciellen Nummern jener, in Klägers Pfandbesitz bis Ende März verbleibenden, Effekten und ebenso Besitz eines deßfallsigen Beweisdokuments vorerst nur von untergeordnetem Interesse war, jedenfalls aber dies Interesse auch dann, wenn es sich wirklich um ein Kaufgeschäft gehandelt hätte, wegen des pro ultimo März angeblich bedungenen Rückverkaufs in gleichem Maße für ihn vorhanden gewesen wäre, sonach der in Frage stehende Mangel als etwas Indifferentes sich darstellt.

Die zweite Instanz erkannte:

Eine Vermuthung gegen das Depotgeschäft kann darin gefunden werden, daß in den Engagementsbriefen keine Serien und Nummern angegeben sind. Dagegen bemerkt Appellat, daß die Nummern der Metalliques in der Nota von Baß, die Nummern der Loose in der Nota von Wertheimber bezeichnet, also Appellanten hinlänglich bekannt waren. Hierzu kommt, daß die specielle Bezeichnung des Pfandobjekts im Interesse des Schuldners zu bewirken ist, damit die Restitution in gehöriger Weise

geschehen kann, und kein absolut wesentliches Erforderniß des Pfandvertrags ist.

187. Zinsenvergütung bei Depotgeschäften.

Als indifferent erscheint — — die in den Engagementsbriefen vorkommende Klausel „nebst meiner besonderen Zinsvergütung der bis zum 31. März 1848 auf den 1 % Metalliques haftenden Zinsen," auf welche Beklagter unter dem Vorgeben, daß bei Vorhandensein eines Versatzgeschäftes nur von den auf dem Darlehn haftenden Zinsen und deren Vergütung hätte die Rede sein können, ganz besonderes Gewicht zu Gunsten seiner Auffassung des streitigen Geschäfts legt. Denn nicht bloß haben

a. die Experten zur Reprobatorialfrage 4 (zur Probationsfrage E.) bestimmt erklärt, es sei jene Klausel „ebensowohl auf Prolongation als Versatz anwendbar," sondern auch abgesehen von diesem Ausspruche, auf welchen hin bereits das Stadtgerichtserkenntniß sub VII und VIII, ohne daß hiergegen irgend etwas von Erheblichkeit beklagtischer Seits eingewandt wäre, den in Frage stehenden Streitpunkt der Zinsvergütung für hinlänglich aufgeklärt angesehen hat, bietet

b. jene Klausel kaum noch zu Zweifel Anlaß, wenn man nur theils dies erwägt, daß sie, dem grammatischen Zusammenhange nach, nicht mit den Worten „liefere," resp. „beziehe," wie die sententia a qua vermeint, in Verbindung gesetzt werden kann, sondern offenbar eine Apposition und zugleich eine Antithese zu den unmittelbar vorhergehenden Worten „gegen meine baaren Erlege" bildet, — wenn nur ferner noch berücksichtigt wird, daß bloß in der beklagtischen Bezugs-, nicht auch in der klägerischen Lieferungs-Note von „Zins"-Vergütung die Rede ist, sowie das Wort „meiner" vorkommt, — wenn nur endlich auch dies nicht übersehen wird, daß einerseits Kläger 4, resp. 4½ % Zinsen bis ultimo März unbestrittener Maßen genießen sollte, auch für die bis zum 31. Januar fällig gewesenen, den Gebrüdern Baß vergüteten Couponszinsen Ersatz zu erhalten hatte, daß andererseits aber derselbe als bloßer Pfandinhaber der Papiere auf die seit dem 1. Februar fortgelaufenen Couponszinsen keinen Anspruch, und

die während des Pfandbesitzes fällig werdenden Coupons selbst dem Beklagten zu restituiren hatte, welche beiderseitigen Zinsansprüche sowohl in Bezug auf den Zinsfuß, als in Betreff der Zeit, für welche eine deßfallsige Berechnung nöthig war, und selbst in Betreff der Geldwährung keineswegs einander gleichstanden. Denn hiernach kann jene Klausel nichts Anderes bedeutet haben, als daß die an sich dem Beklagten zukommenden Couponszinsen auf die dem Kläger von der Darlehnssumme zugesagten Zinsen in Anrechnung gebracht werden und die Zinsvergütung für Kläger bilden sollten, sowie daß die dieserhalb nöthige Berechnung und gegenseitige Ausgleichung jedenfalls mit Regulirung des Hauptgeschäftes zu Ende März erfolgen werde. So verstanden steht aber gedachte Klausel der vom Beklagten beliebten Deutung des ganzen Geschäfts nicht bloß nicht zur Seite, sondern sogar entgegen.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

VII nach den Entscheidungsgründen des Oberappellationsgerichts vom 17. Februar 1851 der von dem Beklagten stillschweigend eingeräumte Umstand, daß ihm die am 1. Februar 1848 verfallenen Zinsen der Oesterr. 1 % Metalliques-Obligationen ausgeliefert worden seien, als auf bloßen Pfandbesitz des Klägers hinweisend anzusehen ist, und daß auch die Sachverständigen auf die Frage E sich bestimmt dahin erklärt haben, daß die inzwischen fällig werdenden Zinscoupons bei Zeitgeschäften dem Verkäufer, bei Versatzgeschäften aber dem Deponenten gebühren; daß

VIII zwar Beklagter in seiner Gegenbeweisantretung sich auf die ihm von dem Kläger geschehene Zinsenvergütung bezogen und hierdurch das vorerwähnte Argument zu entkräften versucht, jedoch Kläger hinreichenden Aufschluß dahin ertheilt hat, daß die erhaltene Vergütung als auf die von ihm seiner Zeit den Gebrüdern Baß für Rechnung des Beklagten geleistete Capital- und Zinsenzahlung bezüglich zu betrachten sei, was durch Zeugenaussage — und überdies durch die Antwort der Sachverständigen auf die Gegenfrage 4 bekräftigt wird.

Die zweite Instanz erkannte:

Der Kläger hatte für den Monat Februar sich 4 % und für den Monat März 4½ % Zinsen ausbedungen. Dies gesteht

Beklagter — ausdrücklich und unumwunden zu, indem er zugleich bemerkt, daß bei den Prolongationsgeschäften den Prolonganten entweder die Zinsen der bezogenen Papiere verbleiben oder ein bestimmter Zinsfuß festgesetzt wird. Also nicht Beides zusammen, indem sonst der Prolongant von demselben Kapital doppelte und verschiedene Zinsen ziehen würde. Wendet man das auf den vorliegenden Fall an, so erhellt schon aus der Stipulation der gedachten Zinsen, daß die auf den österreichischen Metalliques haftenden Zinsen dem Beklagten verblieben, resp. zugefallen sind. Zweideutig und unbestimmt ist in dieser Hinsicht der Ausdruck in den Engagementsbriefen. Haas schreibt: „ich liefere Ihnen die betreffenden Papiere gegen Ihre baare Erlege nebst besonderer Vergütung der auf den 1 % Metalliques bis zum 31. März haftenden Zinsen.“ In dem Briefe Wertheimbers heißt es: „ich beziehe von Ihnen — gegen meine baare Erlege von fl. 4800 nebst meiner besonderen Zinsvergütung der bis zum 31. März — haftenden Zinsen.“ In dem ersten Verfahren hatte Beklagter diese Bestimmung dahin erklärt, daß ihm die Zinsen gehören sollten. In den späteren Verhandlungen bezieht er umgekehrt dieselbe auf den Kläger, den er als Lieferer bezeichnet, welchem die Zinsen zufallen sollen. Der Appellat äußert sich hierüber dahin: die Zinsencoupons verblieben dem Beklagten; er hatte gegen deren Auslieferung die Darlehnszinsen zu bezahlen; bis dahin dienten die Coupons besonders für die Zinsen dem Darleiher als Pfand und Deckung, darauf deutet der Ausdruck: gegen besondere Vergütung, „nebst besonderer Vergütung.“ Der Appellat zieht, wenn wir ihn anders recht verstehen, das „nebst“ zu dem kurz vorhergehenden „baare Erlege,“ da es doch, wenn man beide Briefe mit einander vergleicht, mit „liefere,“ resp. mit „beziehe“ zu verbinden ist. Wenn Wertheimber in den Worten „nebst meiner besonderen Zinsvergütung der bis zum 31. März — haftenden Zinsen“ den Gedanken hätte ausdrücken wollen, ich erlege die stipulirten Zinsen durch Abrechnung auf die Zinscoupons, so würde die Rede ebenso dunkel als unverständlich sein. Der Sinn ist also, wenn man zu keiner gekünstelten Auslegung seine Zuflucht nehmen will, wohl der: ich liefere die betreffenden Papiere und vergüte die Coupons-

Zinsen. Da Kläger — im Besitz der Coupons war, so machte er sich zur Vergütung anheischig. Der besprochene Satz würde also die Bestimmung ausdrücken, daß die Couponszinsen dem Beklagten gehören. Daß Appellat diese einfache Erklärung nicht zu der seinigen gemacht, hat wohl darin seinen Grund, daß er die fälligen Coupons an sich behalten und darauf die versprochenen Zinsen abgerechnet hat.

188. Bloße Prolongation entbehrt des novativen Charakters.

Entscheidend kommt —, weil und sobald das Januar-Geschäft in Nichts, als einem dem Beklagten gemachten Darlehn bestand, zu Klägers Gunsten und dafür, daß auch die Engagementsbriefe sich auf ein Versatzgeschäft beziehen, dies in Betracht, daß es sich, wie beide Theile einverstanden sind, bei den zu Ende Februar stattgehabten Verhandlungen hauptsächlich um eine nur mit untergeordneten Modifikationen verbundene Erneuerung und Verlängerung der zwischen ihnen und schon seit Januar bestandenen Geschäftsbeziehungen gehandelt hat. Denn da eine bloße Prolongation, so lange nicht ausdrücklich die **causa debendi** geändert wird, des novativen Charakters entbehrt, wie denn überhaupt die Vermuthung gegen Annahme einer Novation streitet und da ferner hier in der Person des Schuldners und Gläubigers überall keine Aenderung eintrat, in objektiver Hinsicht auch, soviel die Metalliques-Obligationen betrifft, abgesehen von der Erhöhung der dem Beklagten zur Last fallenden Zinsen um ½ %, Alles beim Alten blieb, da endlich weder an sich, noch nach Fassung der Engagementsbriefe anzunehmen steht, daß hinsichtlich der zu Ende Februars neu hinzugekommenen Lotterieloose ein anderes Rechtsverhältniß, nämlich ein Kauf- und Lieferungsgeschäft zwischen den Partheien beabsichtigt gewesen und entstanden sei, als in Betreff der Metalliques-Obligationen bereits bestand, so wird man, bis das Gegentheil, was keineswegs der Fall ist, klar erwiesen vorliegt, davon auszugehen haben, daß der rechtliche Charakter des Februars-Geschäfts, dem der ursprünglichen, jetzt nur erneuerten Geschäftsbeziehungen durchaus homogen geblieben sei. Sobald es daher in Gewißheit steht oder gesetzt wird, daß Kläger zu Ende

Januars gegen Versatz von Staatspapieren ein Darlehn dem Beklagten gemacht habe, wird man ohne Weiteres auch das den Engagementsbriefen zu Grunde liegende Geschäft als bloßes Depot zu behandeln so berechtigt, wie genöthigt sein.

LXXXIII.

J. C. Löffler Ehefrau Maria Elis., geb. Feudtner dahier, Klägerin

contra

die Erben des J. C. Fertig aus Kleinheubach, Beklagte.

Die gegen das Urtheil des Appellationsgerichtes vom 7. Dec. 1854 von der Klägerin ausgeführte Oberappellation war vom Oberappellationsgericht am 9. Febr. 1854 wegen Versäumniß der Nothfrist desert erklärt worden. Die Klägerin begründete ein Restitutionsgesuch durch den Nachweis, daß die Oberappellationsausführung zwar rechtzeitig zur Post gegeben, von derselben aber innerhalb der gewöhnlichen Zeit in Lübeck nicht abgeliefert worden sei. Das Oberapppellationsgericht restituirte die Klägerin unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze am 8. April 1854 gegen die verspätete Einführung der fragl. Schrift.

LXXXIV.

Georg Ludwig Zißmann, jetzt dessen Wittwe Maria Magdalena, geb. Graff dahier, Kläger und Wiederbeklagter

contra

die Intestaterben des verstorbenen Dr. Gallus dahier, Beklagte und Widerkläger.

Georg Ludwig Zißmann war in erster Ehe mit einer Schwester des Dr. Gallus verheirathet; die letztere starb vor ihrem Bruder und wurde von diesem beerbt. Als nun Dr. Gallus starb, machte Zißmann gegen dessen Intestaterben eine Reihe von Forderungen geltend. Die Beklagten wandten theils Einreden vor, theils suchten sie in einer Widerklage Forderungen ihres Erblassers gegen den Kläger zur Geltung zu bringen. Das Stadtgericht erkannte am 20. Okt. 1852 theils auf Verwerfung einzelner liquidirten Forderungen in Vor- und Widerklage, theils auf Beweis der, der Vorklage, den Einreden und der Widerklage zu Grunde liegenden Thatsachen.

Auf beiderseitige Appellation wurde unter Kostencompensation das stadtgerichtliche Urtheil vom Appellationsgericht am 26. Januar 1853 bestätigt. Auf Oberappellation der Beklagten und Widerkläger wurde unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze vom Oberappellationsgericht am 11. Mai 1854 die Beschwerdeführung als ungegründet verworfen.

189. Eine sogenannte Immobiliarschuld kann nur durch Novation zu einer chirographarischen werden.

Dem Dr. Gallus und dessen Schwester, der Ehefrau Zißmann, war von ihren Eltern ein in den Akten näher bezeichnetes — Immobile erblich angefallen. Auf demselben lastete eine

Hypothekenschuld, vom Restkaufschilling herrührend, von fl. — —
Dr. Gallus zahlte dieses Kapital dem hypothekarischen Creditor aus und ließ sich die Hypothekforderung cediren. Zur Hälfte mußte sie dadurch selbst wegfallen, zur andern Hälfte war die Schwester als Miterbin die Schuldnerin; aber die bloß cedirte Forderung blieb nach wie vor, was sie gewesen war, eine auf dem Hause ruhende Forderung, nur daß sie der hypothekarischen Inscription ermangelte. Selbst wenn es wahr wäre, was die Appellanten erst in jetziger Instanz behaupten, daß die Schwester von der eingetretenen Veränderung Kunde gehabt habe, so würde dies ohne Einfluß sein. Als debitrix cessa konnte sie von der Cession in Kenntniß gesetzt sein und die Forderung blieb doch, was sie gewesen, eine mit dem Hause connexe Schuld, s. g. Immobiliarschuld; der Dr. Gallus, als Immobiliarerbe seiner Schwester, mußte demnach das Immobile mit derselben übernehmen. Eine Verwandlung in eine wahre Chirographarschuld konnte nur durch Novation geschehen.

190. Aufwendungen bei einem Begräbniß. Rathsverordnung vom 7. Januar 1774.

Die — Beschwerde der Appellanten betrifft die angeblich zu hohen, von dem verstorbenen Zitzmann veranlaßten Aufwendungen an Wein und Bretzeln bei dem Begräbniß des Dr. Gallus. Sie berufen sich zur Nachweisung, daß die verausgabten fl. 20. 3 kr. das gehörige Quantum um circa fl. 14 überschritten habe, auf eine Rathsverordnung vom 7. Januar 1774,

Beyerbach I. p. 181.

welche sub III, 6 verbietet, daß für Essen und Trinken bei Begräbnißfeierlichkeiten einschließlich „Bretzel" mehr als höchstens fl. 5—6 verausgabt werden solle. Allein abgesehen davon, daß es bedenklich sein würde, eine polizeiliche Vorschrift der hier vorliegenden Art, auf deren Gegenstand die Veränderung der conventionellen Ansichten vielfach einwirkt, nach Verlauf von 80 Jahren, ihrem buchstäblichen Inhalte nach, zur Anwendung zu bringen, so gehört jene Verordnung überhaupt nicht hierher, da dieselbe

ausdrücklich nur für die Bewohner des Stadtgebiets, nicht auch für die Stadt Frankfurt selbst erlassen worden ist.

Abgesehen von jener Verordnung ist kein Grund vorhanden, den verstorbenen Zitzmann oder nunmehr die Appellatin als dessen Erbin wegen einer zu hohen Aufwendung in Anspruch zu nehmen. Denn gesetzt, Zitzmann, dem als nächsten Angehörigen die Einrichtung des Begräbnisses oblag, hätte hierbei einen Mißgriff gethan, so würde doch nur eine entschieden übermäßige Aufwendung oder absichtliche Beeinträchtigung des Interesses der Erben ihn verantwortlich gemacht haben, wovon hier überhaupt Nichts vorliegt.

LXXXV.

L. Ruppert in Meisenheim, Kläger und Widerbeklagter
contra
C. Klee dahier, Beklagten und Widerkläger.

Der im hiesigen Bürgerverband stehende C. Klee schloß mit dem hier nicht verbürgerten L. Ruppert aus Meisenheim einen Gesellschaftsvertrag ab, nach welchem beide ein von Klee bereits früher gekauftes Geschäft auf gemeinsame Rechnung betreiben wollten. In dem Vertrage § 11 wurde festgesetzt: — — „es unterzeichnet nur C. Klee, wogegen L. Ruppert Procura hat. Wird sich Letzterer jedoch als Handelsmann das hiesige Bürgerrecht erwerben, so hat er auch, von dem Augenblick dieses Erwerbs an, das Recht der Zeichnung. Bis dahin ist er stiller Theilhaber". Während der Societät kaufte Klee für dieselbe ein Grundstück, auf welchem Fabrikgebäude errichtet wurden.

Eingetretener Familienverhältnisse wegen kündigte Ruppert den Societätsvertrag vor Ablauf der Contraktszeit und zog von Frankfurt fort. Als Klee die Kündigung nicht annahm, verlangte Ruppert im Wege der Klage, den Beklagten zu verur-

theilen, die geschehene Kündigung des Klägers anzunehmen und die eingeschossenen Capitalien sammt Gewinn an ihn herauszuzahlen. Beklagter verlangte widerklagend, daß Wiederbeklagter schuldig zu erkennen sei, hierher zurückzukehren, das hiesige Bürgerrecht zu erwerben und die für die erkaufte Liegenschaft bezahlte Summe zur Hälfte als Selbstschuldner zu übernehmen.

Das Stadtgericht erkannte unter Verwerfung der Widerklage am 6. October 1852:

I. Beklagter ist schuldig, binnen sechs Wochen den Betrag von fl. — — abzüglich des bereits empfangenen Gewinns mit fl. — — sammt Zinsen zu 5 % vom Tage der mitgetheilten Klage an den Kläger zu bezahlen und 5/6 der Streitkosten zu ersetzen.

Auf beiderseitige Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten des Beklagten ließ das Spruchcollegium zu Wien am 15. August 1853, das stadtgerichtliche Urtheil bestätigend, den Beklagten weiter zu dem Beweise zu,

1) daß zwischen beiden Partheien außer dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag ein besonderes Uebereinkommen getroffen worden sei, auf gemeinschaftliche Rechnung das Grundstück 2c. auf den Namen des Beklagten anzukaufen und auf demselben den Bau eines Fabrikgebäudes aufzuführen;

2) daß die Kosten des Ankaufs des besagten Grundstückes und des Baues des darauf aufgeführten Fabrikgebäudes sich auf die Summe von fl. — — belaufen.

In Ansehung der Prozeßkosten soll die Entscheidung bei Fällung des Endurtheils in der vorliegenden Rechtssache erfolgen.

Auf beiderseitige Oberappellation erkannte das Oberappellationsgericht am 18. Mai 1854, daß Beklagter unter Verwerfung der Widerklage die in das Geschäft eingeschossene Summe von fl. — (ohne Abzug des bereits empfangenen Gewinns) sammt Zinsen zu 5 % vom Tage der mitgetheilten Klage an und sämmtlichen in erster Instanz aufgelaufenen Kosten zu bezahlen habe.

Die Kosten voriger Instanz werden durchgängig verglichen, die der gegenwärtigen zu zwei Drittheilen verglichen, wogegen Beklagter ein Drittheil derselben allein zu tragen hat.

191. Gesellschaftsvertrag zwischen hier verbürgerten und nicht verbürgerten Personen. Stille Gesellschafter.
(Vergl. Nr. 148.)

Die Beschwerde des Beklagten in gegenwärtiger Instanz ist darauf gerichtet, daß die in dem vorigen Erkenntnisse ausgesprochene Verurtheilung in der Hauptsache nebst Zinsen aufgehoben und Beklagter angehalten werde, nach Frankfurt zurückzukehren, das dasige Bürgerrecht zu erwerben, die Societät bis zum vertragsmäßigen Ablauf fortzusetzen und die Kosten zu erstatten. Allein diese sämmtlichen Anträge fallen damit, daß der unter den Partheien abgeschlossene Gesellschaftsvertrag als nichtig angesehen werden muß. Denn die Beisassen-Ordnung vom 5. Juni 1708 spricht im § 1 wider Fremde das Verbot aus, weder einige besondere Handlung für sich zu treiben, noch an anderer Bürger und Beisassen Handlung einigen Antheil zu nehmen. Diese Bestimmung, welche durch kein neueres Gesetz aufgehoben worden ist,

vergl. Gesetz vom 9. Januar 1838,

besteht noch gegenwärtig, indem durch die Grundrechte des deutschen Volkes hieran, wie in den Gründen zum vorigen Urtheil ausgeführt ward, nichts geändert ist, in voller Kraft, wie das Oberappellationsgericht bereits früher

Fr. S. Peters c. Herrmann 1841

ausgesprochen hat, und zwar, wie das Oberappellationsgericht in Betreff des § 12 der Verordnung

Fr. S. Almsen c. Kaiser'sche Debitmasse 1852

erkannt hat, was aber auch in Bezug auf § 1 gilt, mit der Wirkung, daß ein Zuwiderhandeln wider die Verordnung die Nichtigkeit des dahin abzweckenden Vertrages zur Folge hat. Wider die Nichtigkeit eines Vertrages auf Grund des Gesetzes kommt es nicht in Betracht, wenn der Parthei, welche sich auf solche beruft, nachgewiesen werden könnte, daß sie das Gesetz vor Abschluß des Vertrages gekannt habe; und ebensowenig erscheint dasselbe in dem vorliegenden Falle dadurch beseitigt, daß der Kläger sich verpflichtet hätte, das Bürgerrecht zu Frankfurt zu erwerben, da in dem hierfür angezogenen § 11 des Vertrags eine derartige Verpflichtung nicht enthalten ist. Alles kommt mithin darauf an, ob dessen In-

halt unter die Vorschrift des Gesetzes fällt. Wenn nun nach den Eingangsworten des letzteren dessen Absicht dahin geht, allgemein zu verhüten, daß nicht die bürgerliche Nahrung in Frankfurt von Fremden zum Nachtheil der Bürger an sich gerissen werde, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der vorliegende Gesellschaftsvertrag, dessen Zweck dahin geht, einen Fremden an dem Genuß eines umfangreichen Geschäfts Theil nehmen zu lassen, unter das Verbot des Gesetzes fällt. Wollte man dagegen einwenden, daß Ruppert nach § 11 des Vertrages bis zum Erwerb des Bürgerrechts in Frankfurt nur stiller Gesellschafter habe sein sollen, so kann es dahin gestellt bleiben, ob die bei

Bender Handbuch des Frankf. Privatr. § 681

vorgetragene und durch keinerlei Autorität unterstützte Ansicht, nach welcher die Vorschrift der Beisassenordnung für stille Gesellschafter nicht maßgebend sein soll, den Worten, wie der Absicht des Gesetzes entspreche. Denn eine stille Gesellschaft nach dem Begriff, welchen

Ref. II. 23. § 12. verb: „doch sonst mit dem Handel nichts zu thun haben wöllen"

und dazu Souchay Anmerk. I. p. 502.

aufstellt, liegt in dem vorliegenden Fall, in welchem Ruppert an der Gesammtheit der zum Betrieb des Geschäftes erforderlichen Handlungen in gleicher Weise, wie Klee Antheil haben soll, offenbar nicht vor, so daß der im § 11 vorkommende Ausdruck „stiller Gesellschafter" mit der wahren Absicht der Contrahenten offensichtlich nicht in Einklang steht. Dem Vorstehenden zufolge ist Kläger berechtigt, seine in die Handlung gemachten Einschüsse zum Betrag von fl. —, von dem Beklagten zu condiciren.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

1) der Vertrag, nach welchem der dahier nicht verbürgerte Kläger als socius in das dahier befindliche Waarengeschäft des dahier verbürgerten Beklagten eintritt, der prohibitorischen Bestimmung des 9. Art. der Verordnung vom 5. Juni 1708 zuwiderläuft;

2) diese Bestimmung, auch durch die Grundrechte niemals aufgehoben gewesen, gleichwie denn auch die vorliegende Contra-

vention in dem angeblichen Umstande, daß Beklagter versprochen habe, das hiesige Bürgerrecht zu erwerben, nicht gerechtfertigt zu werden vermag;

3) der gedachte Vertrag daher nach Vorschrift der L. 5 C. de legib. (1, 14) als nichtig erscheint, und jeglicher auf denselben begründete Anspruch als verwerflich zu erachten ist, sonach

4) beklagter Theil die von dem Kläger in Gemäßheit des Vertrags eingeschossenen Gelder ohne rechtlichen Grund besitzt und sich seit dem Tage der mitgetheilten Klage in mora solvendi befindet.

Die zweite Instanz erkannte:

Eine seither erfolgte Aufhebung der Verordnung vom 5. Juni 1708 kann durchaus nicht behauptet werden — — — Die Anordnung in § 133 der deutschen Reichsverfassung kann offenbar nur den Sinn haben, daß die zu erlassende Gewerbeordnung auf den Grundsatz der Gleichberechtigung aller deutschen Reichsbürger gebaut werden sollte, daß aber bis zu deren Einführung die bestehenden Vorschriften fortan in Geltung zu bleiben hätten. Diese schlechthin zu beseitigen, ohne etwas Neues an deren Stelle zu setzen, konnte nicht die Absicht der Reichsgesetzgebung gewesen sein; es würde dadurch eine heillose Verwirrung in allen gewerblichen Verhältnissen herbeigeführt, ja das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch gebracht worden sein; denn während dasselbe ausdrücklich von den Bedingungen spricht, von denen der Gewerbbetrieb abhängig sein soll, würden mit der Aufhebung aller früheren Anordnungen, bevor noch eine neuerliche Verfügung an deren Stelle trat, alle Bedingungen hinweggefallen sein; deßhalb erklärte auch das Einführungsgesetz für die Grundrechte des deutschen Volkes ꝛc. — —

Muß nun der Rechtsbestand der Frankfurter Rathsverordnung vom 5. Juni 1708 — durchaus anerkannt werden, so entsteht die weitere Frage, ob denn der, den Gegenstand des Streites bildende Gesellschaftsvertrag unter das Verbot derselben falle.

Bei dem ganz allgemeinen Wortlaut der Verordnung, die zwischen öffentlichen und stillen Gesellschaftern im geringsten nicht unterscheidet, vielmehr den Fremden überhaupt an „anderer Bürger Handlung einigen Antheil zu nehmen" ausdrücklich ver-

bietet, kann hierüber wohl kein Zweifel obwalten. Wollte man jedoch auch behaupten, daß das mehrerwähnte Verbot sich nicht auf die stillen Gesellschafter oder sogenannten Commanditisten beziehe, so würde dies in dem vorliegenden Falle doch nichts entscheiden; — — denn nicht auf die im § 11 des Vertrags offenbar unrichtig gewählte Bezeichnung kommt es an, sondern auf den wirklichen Inhalt des obwaltenden Rechtsverhältnisses, welchem zu Folge Kläger offenbar als ein öffentlicher Gesellschafter erscheint; wozu noch kommt, daß ein bloß zur Umgehung des Gesetzes abgeschlossenes Uebereinkommen nach der L. 5 C. de legibus (1, 14) ohnehin ungültig wäre.

Muß demnach anerkannt werden, daß der fragliche Gesellschaftsvertrag dem ausdrücklichen Verbote der Rathsverordnung vom 5. Juni 1708 geradezu entgegen sei, so ist derselbe auch in allen seinen Theilen als nichtig anzusehen, wie in der L. 5 C. de legibus, dann in der L. 7 § 16 D. de pactis (2, 14) und insbesondere in Beziehung auf eine unerlaubte Gesellschaft in der L. 57 D. pro socio (17, 2) ganz deutlich ausgesprochen erscheint.

Eine Folge dieser Nichtigkeit ist, daß dasjenige, was auf Grundlage jenes ungültigen Vertrages geleistet wurde, mit der condictio sine causa zurückgefordert werden kann, wie aus der L. 1 D. de cond. sine causa und der L. 1 § 3 D. eodem erhellt.

Hiergegen kann nicht in Betracht kommen, daß der Kläger wissentlich gegen die Gesetze geleistet hat, da die L. 3 C. de aleat. (3, 43), dann die L. ult. D. de condict. sine causa (12, 7), die L. 5 § ult. D. de donat. inter virum et ux. (24, 1) und die L. 6 und L. 33 § 1 D. eodem das Rückforderungsrecht anerkennen, ungeachtet aus einem eigentlich verbotenen Geschäfte wissentlich Zahlung geleistet wurde.

Ueberdies spricht zu Gunsten des Klägers die L. 206 D. de reg. jur. (50, 17) und die L. 32 D. de reb. cred. (12, 1). Dagegen kann der Grundsatz der L. 18 pr. D. de cond. ob. turp. caus. (12, 5), daß in pari causa illicita zu Gunsten des Besitzers zu entscheiden sei, hier nicht zur Anwendung kommen, weil erstens keine solche turpitudo obwaltet, wie sie das Gesetz voraussetzt, und weil zweitens bei der Anwendung dieses Grundsatzes die Gesell=

schaft fortwährend aufrecht bleiben und somit der Zweck des dieselbe verbietenden Gesetzes vereitelt würde.

192. Theilung des Gewinns bei unerlaubten Geschäftsverbindungen.

Es fragt sich, ob, wie in den vorigen Urtheilen angenommen ist, den Kläger die Verpflichtung trifft, sich von der eingeschossenen Summe den bereits empfangenen Gewinn kürzen zu lassen. Hiergegen ist die erste Beschwerde des Klägers gerichtet. Dieselbe mußte für begründet erachtet werden. Denn der durch eine unerlaubte Gemeinschaft während ihrer Dauer erzielte Gewinn muß, wie das Oberappellationsgericht bereits in

Fr. S. Peters c. Herrmann 1841

ausgesprochen hat, unter den Gesellschaftern, von welchen der Inhaber des Gewinnes, da solcher ebenso rechtswidrig, wie sein Gegner gehandelt hat, sich mithin auf dessen Kosten nicht bereichern darf,

arg. L. 3 pr. D. de colleg. (47, 22)

getheilt werden und zwar im Zweifel nach Kopftheilen, insofern nicht die Gesellschafter über einen anderen Theilungsmaßstab einig oder die Größe des Gewinnantheils unbestritten unter ihnen sein sollte. Dieser letztere Fall liegt hier vor.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

5. dem Kläger ein Antheil an dem seitherigen Gewinn des Geschäfts des Beklagten nicht gebührt, und derselbe das aus dem Geschäft Gezogene sich an seiner Forderung in Abzug bringen zu lassen hat.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

Da der Kläger selbst eingesteht, bereits fl. — aus der Gesellschaftskasse entnommen zu haben, so konnte ihm nichts mehr, als der Restbetrag von fl. — zugesprochen werden, weil Beklagter eben um diese Summe mehr sine causa in Händen hat. Jene fl. — — wurden zwar von dem Kläger in Folge des Gesellschaftsvertrages an sich genommen, allein diese Berechtigung fällt mit der anerkannten Nichtigkeit des Vertrages von selbst hinweg; es kann also diese Zurücknahme nur auf Abschlag der gesammten Einlagsforderung als geschehen angenommen werden.

193. Der mit Rücksicht auf den ungültigen Hauptvertrag abgeschlossene Nebenvertrag hat keine Wirksamkeit.

Die dritte Beschwerde des Klägers betrifft den in dem zweiten Urtheil dem Widerkläger auferlegten Beweis des Uebereinkommens in Betreff des Erwerbs des Grundstückes. Da indessen der Widerkläger sowohl bei Begründung seiner Einrede der Retention, wie seiner Widerklage ausdrücklich hervorgehoben hat, daß gedachter Vertrag für Rechnung der Societät geschlossen sei und Kläger als Gesellschafter seine Einwilligung gegeben habe, so ergibt sich aus

L. 5. C. de legibus (1, 14) verbis:

Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus,

daß mit dem Wegfall der wesentlichen Voraussetzung dieses Geschäftes, nämlich dem Bestande des Societätsvertrags, auch die Wirkungen von jenem für den Kläger beseitigt sind. Es mußte daher gedachter Beweis wieder aufgehoben werden.

Die zweite Instanz erkannte:

Der Beklagte (Widerkläger) behauptet, daß der Ankauf der mehrerwähnten Liegenschaft und die bauliche Herstellung derselben für gemeinschaftliche Rechnung des Klägers und des Beklagten nicht auf Grundlage des als nichtig anerkannten Gesellschaftsvertrages, sondern auf Grundlage eines besondern, nachträglich zwischen beiden Theilen abgeschlossenen Uebereinkommens erfolgt sei. Wäre dieses der Fall, so würde sich die Abweisung des Widerklägers in diesem Punkte nicht als gerechtfertigt darstellen, zumal jene Bestimmungen der Frankfurter Gesetze, welche dem Ausländer auch den Erwerb von Liegenschaften daselbst untersagen, durch die deutsche Bundesakte schon vorlängst außer Kraft gesetzt worden sind.

194. Grundsätze über Kostenerstattung.

Da die Widerklage verworfen und im Wesentlichen der Klagbitte gemäß erkannt werden mußte, so war in Betreff der Kosten erster Instanz, statt der erkannten Verurtheilung in $\frac{5}{6}$ derselben, eine vollständige auszusprechen.

In Ansehung der in voriger Instanz erwachsenen Kosten, über welche im vorigen Urtheil die Entscheidung ausgesetzt ist, war deren Vergleichung auszusprechen. Denn in Folge der Beschwerden des Klägers hätte, wie gegenwärtig erkannt worden ist, das erste Erkenntniß abgeändert werden müssen, — und auf Grund der Beschwerden des Beklagten ist, wiewohl ohne Grund, eine theilweise Abänderung des ersten Erkenntnisses wirklich erfolgt; die Kostenvergleichung mithin eine Folge des Wechsels der Erkenntnisse.

Anlangend dagegen die Kosten der gegenwärtigen Instanz, so waren dieselben, da auf Grund der Beschwerden des Klägers ein abänderndes Urtheil erfolgen mußte, die Beschwerde des Beklagten dagegen sich als verwerflich dargestellt hat, in Beihalt des Umfangs der durch die beklagtische Appellation erwachsenen Kosten zu zwei Drittheilen zu vergleichen, ein Drittheil derselben dagegen dem Beklagten allein zur Last zu legen.

LXXXVI.

Die Wittwe Margaretha Rapp, verwittwete Dauth, geb. Fliedner und Johann Conrad Fliedner dahier, Kläger und Widerbeklagte

contra

die Kinder und Erben des Cornelius Philipp Breckheimer dahier, Beklagte und Widerkläger.

Am 22. November 1827 verstarb dahier Charlotte Wilhelmine Breckheimer, vorher verehelicht gewesene Fliedner, geb. Vollhardt, mit Hinterlassung von drei Kindern aus erster Ehe und sechs Kindern aus zweiter Ehe. Die Verstorbene hatte in einem am 12. Juli 1823 gemeinschaftlich mit ihrem zweiten Ehemanne Philipp Breckheimer errichteten und am 23. November 1827 eröffneten Testament unter Vorbehalt der lebenslänglichen

väterlichen Nutznießung und Verwaltung, ihre sämmtlichen Kinder erster und zweiter Ehe — erstere jedoch nur auf den Pflichttheil — zu Erben ihres Nachlasses eingesetzt. Zwei der Kinder erster Ehe (der eine Sohn war unbekannt wo? abwesend) traten auch cum beneficio inventarii die Erbschaft an und verlangten Aushändigung des ihnen gebührenden Antheils, ohne jedoch der Sache weitere gerichtliche Folge zu geben. Der Wittwer Philipp Breckheimer legte dagegen diesen beiden Kindern erster Ehe eine Vermögensübersicht vor, nach welcher kein väterliches Vermögen erster Ehe und ein nur aus geringfügigen Mobilien bestehendes mütterliches Vermögen vorhanden sein sollte und veranlaßte seine Stiefkinder sich mit je fl. 75 abzufinden. Diese erhielten auch einen gleichen Betrag für den abwesenden Stiefsohn, um das Geld bei der Sparkasse verzinslich anzulegen. Dieser Vergleich wurde im Jahr 1851 von dem für den Abwesenden ernannten Curator insofern genehmigt, als er von den Erben des Philipp Breckheimer abermals den Betrag von fl. 75, sowie Zinsen von 1827 — 1851 und Zwischenzinsen im Betrag von fl. 151. 42 kr. bezahlt erhielt.

Als nun Philipp Breckheimer am 2. Juni 1851 verstarb, erneuerten die beiden Stiefkinder ihre Ansprüche auf das mütterliche Vermögen. Durch eine Provokationsklage von Seiten der Philipp Breckheimer'schen Intestaterben veranlaßt, erhoben diese Stiefkinder, nämlich Margaretha Rapp, vorher verehelichte Dauth, geb. Fliedner und Johann Conrad Fliedner Klage, indem sie behaupteten, das sämmtliche, von Philipp Breckheimer hinterlassene Vermögen sei mit Ausnahme der Beträge von fl. — während dessen Ehe mit ihrer Mutter errungen worden; derselben gebühre die Hälfte und ihnen als Pflichttheilsberechtigten je $1/_{36}$. Auf die Einrede des Vergleiches wandten Kläger die Replik der Täuschung und Verletzung über die Hälfte ein. Die Beklagten verlangten reconveniendo den Betrag von fl. 151. 42 kr., den ihr Erblasser bereits an die Kläger mit fl. 75 bezahlt habe und der, falls er der Bestimmung gemäß an der Sparkasse angelegt worden wäre, die abermals bezahlte Summe von fl. 151. 42 kr. ergeben haben würde.

Das Stadtgericht erkannte, den Klaggrund als erwiesen annehmend, am 23. Februar 1853:

II. auf Beweis

A. der Beklagten und Widerkläger:

a. daß Philipp Breckheimer den — Vergleich à fl. 75 mit den Klägern und Widerbeklagten abgeschlossen habe,

b. daß sie und resp. ihr Erblasser den Betrag von fl. — als ihnen von dritten Personen überkommenes eigenes Vermögen an den Philipp Breckheimer, resp. dessen Nachlaß zu fordern haben;

B. der Kläger und Widerbeklagten:

entweder

a. daß sie — — zum Abschluß des Vergleichs — durch falsche Angaben des Philipp Breckheimer über das von seiner Ehefrau hinterlassene Vermögen verleitet worden seien;

oder

b. daß sie durch diesen Vertrag über die Hälfte verletzt worden seien.

III. Kläger und Widerbeklagte sind zum Ersatze des durch die von ihnen erhobenen Ansprüche, insofern sich dieselben als unbegründet herausstellen sollten, den Beklagten und Widerkläger verursachten nachweisbaren Schadens verbunden.

Auf Appellation der Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 25. April 1853:

1. daß Beklagte mit dem sub II. A. a. auferlegten Beweise zu verschonen seien;

2. Kläger den Beklagten den Betrag von fl. 151. 42 kr. zu restituiren haben.

Auf Oberappellation der Beklagten erkannte das Oberappellationsgericht am 27. Mai 1854, daß die vorinstanzlichen Urtheile im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern seien, daß Widerbeklagte den Betrag von fl. 151. 42 kr. mit jährlich 5 vom Hundert seit dem 29. Oktober 1852 zu verzinsen haben. Ein Sechstheil der Kosten wird compensirt, in fünf Sechstheile derselben werden die Beklagten verurtheilt.

195. Exceptio deficientis legitimationis passivae.

Die Beklagten verlangen, daß die erhobene Klage angebrachter Maßen abgewiesen werde, und machen in dieser Beziehung den Mangel der Passivlegitimation geltend, welcher darin enthalten sein soll, daß die Person der Beklagten in der Klagschrift nur in den Worten der Rubrik: „Philipp Breckheimer'sche Erben in actis benannt" bezeichnet werde. Man hat jedoch mit den vorigen Richtern anzunehmen, daß diese Bezeichnung in Beihalt des Inhalts der Klage dem Anwalt der Beklagten, dessen Ausführungen in der Provokationsklage den Klägern mitgetheilt waren und von solchen als Theil der Akten betrachtet werden durften, ausreichend klar gewesen sei. Jedenfalls aber wurde diesem Mangel durch die nachträgliche Benennung der Beklagten in der Replikenschrift, worin keineswegs eine Klageänderung, sondern nur eine Klagebesserung zu finden ist, in genügender Weise abgeholfen.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

3. klagender Theil in der Replikschrift die Beklagten, welche zugleich mit den Klägern, Erben, resp. Nacherben der Charlotte Wilhelmine Breckheimer sind, namhaft gemacht und seinen Klagantrag in zulässiger Weise erläutert hat.

Das Appellationsgericht erkannte:

Wenngleich die Bezeichnung des Beklagten „Philipp Breckheimer'sche Erben in actis benannt", ungenau war, so war solche doch wenigstens dem Anwalt der Beklagten (der Namens der Intestaterben des — Breckheimer gegen die jetzigen Kläger eine Provocationsklage wegen Geltendmachung von Erbschaftsansprüchen eingereicht und das Dekret erlangt hatte, daß die jetzigen Kläger, bei Vermeidung ewigen Stillschweigens, fragliche Ansprüche binnen 14 Tagen geltend zu machen hätten) nicht unverständlich und wurde durch specielle Benennung der einzelnen Beklagten in der Replikenschrift dieser Anstand vollständig beseitigt.

196. Befugniß des Richters, das Klaggesuch nach dem Klagvortrag zu ergänzen.

Man wird zwar den Beklagten zugestehen müssen, daß weder die in der Klagschrift ersichtliche Bitte einer an den Theilungsbeistand zu richtenden Auflage, noch die in der Replik vorgetragene Verbesserung derselben, insofern sie auf Anerkennung des Erbrechts der Kläger gerichtet ist, das bei einer Erbsonderungsklage übliche Gesuch enthalten. Allein die auf solche Erbsonderungsklage gerichtete Absicht ging schon aus dem Klaggesuch unzweideutig hervor, war überdies in der Replikenschrift nachgeholt, und hatte mithin der Richter, sobald, wie hier zu befinden, in Betreff der Absicht der Partheien über die anzustellende Klage kein Zweifel obwalten kann, das richtige Gesuch von Amtswegen zu ergänzen.

197. Beweis des Klaggrundes. Excipiens non fatetur. Jüngster Reichsabschied § 37.

Die Beklagten verlangen —, daß Klägern der Beweis ihrer Behauptung, das ganze bei Philipp Breckheimer vorgefundene Vermögen, mit Ausnahme der von den Klägern als Sondergut eingestandenen Gegenstände, resp. Beträge, sei während seiner Ehe erworben, auferlegt werde. Nun wird man zwar den Beklagten darin beitreten müssen, daß ein solcher Beweis in den Akten nicht bereits vorliege; denn

1. der 23jährige Bestand der Ehe wird in Ansehung dieses Punktes durch den 24jährigen Wittwerstand aufgewogen, und es würde, insofern man allgemeine Beweisregeln zum Grunde legt, vielmehr darauf ankommen, darzuthun, in welcher von diesen beiden Perioden der Erwerb gemacht sei, wofür die beigebrachten Inductionen, wie z. B. daß Breckheimer während seiner Ehe glücklich speculirt, im Wittwerstand jedoch kein Geschäft geführt habe, ohne speciellere Nachweise nur von untergeordneter Erheblichkeit sind. Ebensowenig wird sich daher behaupten lassen, die eine Hälfte des Vermögens sei Errungenschaft, die andere nicht, weil die Jahre des Ehe- und Wittwerstands sich ungefähr decken. Auch darf man

2. weder aus beiläufigen Aeußerungen bei Gelegenheit des

Vortrags von Einreden, noch aus dem Umstande, daß Kläger bei einzelnen Posten ihre Eigenschaft als Sondervermögen zugestanden haben, nach dem Grundsatze „excipiens non fatetur“ das Zugeständniß des Vorhandenseins einer Errungenschaft und zwar um so weniger ableiten, als

3. in der Litiscontestation die Qualität des Vermögens als Errungenschaft deutlich in Abrede genommen ward. Diese Einlassung ist auch keineswegs, wie Kläger in jetziger Instanz behaupten, ungenügend, indem, wenn es deren Pflicht wäre, den Beweis der Errungenschaftsqualität zu führen, den Beklagten als Erben und mithin dritten Personen, nach art. 37 des J. R. A. nicht zugemuthet werden könnte, anzugeben, wie sich die Sache anders verhalte. Auch ergibt sich ein derartiges Zugeständniß keineswegs aus der Bemerkung der Beklagten, daß jedenfalls die Hälfte als Errungenschaft anzusehen sei, da diese Bemerkung nur eventuell gemacht ist. Endlich läßt sich

4. aus den im Testament vom 12. Juli 1823 gebrauchten Aeußerungen „etwaiger Errungenschaft“ weder für, noch gegen die gedachte Eigenschaft der Verlassenschaft etwas ableiten.

Das Appellationsgericht erkannte:

Die zweite Beschwerde ist ebenfalls ungegründet; denn wenngleich die Klage lediglich auf dem Umstand beruht, „das sämmtliche Vermögen, welches Philipp Breckheimer hinterlassen habe und welches in den Philipp Breckheimer'schen Nachlaßakten aufgezeichnet sei, sei während der Ehe des gedachten Breckheimer mit der Mutter der Kläger errungen worden“, — es sonach scheinen möchte, daß Kläger den Grund dieser Klage zu beweisen hätten, so muß doch dagegen erwogen werden, daß Breckheimer vom Jahr 1804 bis zum Jahr 1827 mit der Mutter der Kläger in der Ehe stand, daß Beklagte selbst die Existens einer Errungenschaft nicht bestimmt in Abrede stellen und daß selbst in dem Testament der Breckheimer'schen Eheleute vom 12. Juli 1823 einer Errungenschaft erwähnt wird, auch von den Beklagten behauptet und von den Klägern zugegeben ist, daß das Illatum des Breckheimer fl. — betrage — — — Unter diesen Umständen

bedarf es des Beweises des Klagegrundes nicht, da das von Breckheimer hinterlassene Vermögen sich weit höher beläuft.

198. Vermuthung für die Errungenschaftsqualität eines Vermögens. Obliegenheit des überlebenden Ehegatten, die Größe des ehelichen Vermögens am Schlusse der Ehe zu constatiren.

Es konnte jedoch, den in der vorigen Nummer hervorgehobenen Momenten ungeachtet, der Beschwerde der Beklagten nicht entsprochen werden, da angenommen werden mußte, daß das gesammte, von Philipp Breckheimer hinterlassene Vermögen, insoweit nicht dessen Eigenschaft als Sondergut behauptet ward, und insoweit erforderlich, von den Beklagten nachgewiesen werden sollte, Errungenschaft sei. Diese Eigenschaft eines Vermögens ist nämlich in Frankfurt bei Erbauseinandersetzungen eines von Ehegatten hinterlassenen Vermögens bis zum Beweise der Sondergutsqualität jedenfalls alsdann zu vermuthen, wenn darüber, daß das Vermögen während der Ehe erworben sei, kein Streit ist. Von dieser Vermuthung — für welche sich das Oberappellationsgericht bereits mehrfach ausgesprochen hat — war aber auch in dem vorliegenden Falle Anwendung zu machen. Zwar ist darüber keine rechtliche Gewißheit vorhanden, welcher Betrag des Vermögens von Breckheimer während seines Ehe-, und welcher während seines Wittwerstandes erworben worden sei. Es steht jedoch zunächst so viel fest, daß er im Jahr 1804 nur fl. — und eine Anzahl Mobilien in die Ehe gebracht hat, wie nicht minder, daß der Betrag des Vermögens, welches er bei seinem Tode im Jahr 1851 hinterließ, den gedachten Betrag in sehr erheblicher Weise überschreitet. Nicht minder ist in dem gemeinschaftlichen Testament d. d. 12. Juli 1823 von beiden Eheleuten verfügt worden, daß der Letztlebende lebenslang im Besitz und Genuß ihres sämmtlichen Vermögens verbleiben und Niemand Rechenschaft abzulegen verbunden sein solle. Insofern also die Kinder erster Ehe der letztwilligen Verfügung ihrer Mutter Folge zu leisten entschlossen waren, erschienen sie überall nicht berechtigt, die Frage nach dem Betrag der Errungenschaft bei Lebzeiten von Breckheimer anzuregen, und es war vielmehr Sache des Letzte-

ren, dafür Sorge zu tragen, daß die Größe des ehelichen Vermögens beim Tode seiner Ehefrau in rechtsgenügender Weise constatirt werde. Hat er solches zu thun unterlassen, so müssen seine leiblichen Kinder die Folgen dieser Versäumniß tragen und würden nur durch die Behauptung und den Beweis, daß und welcher Theil des von ihrem Vater hinterlassenen Vermögens nach Abzug des Sonderguts während seines Wittwerstandes erworben sei, sich von der Verpflichtung, den Gesammtbetrag bei der Theilung in Anschlag zu bringen, haben befreien können. Eine derartige Behauptung ist aber von ihnen nicht aufgestellt worden, und sie sind demnach verpflichtet, für den Fall, daß die Kläger einen der ihnen unter II. B. auferlegten Beweise der Verleitung zum Abschlusse des Vergleichs vom 14. Mai 1828 oder der Verletzung über die Hälfte durch solchen zu erbringen und hierdurch die Sachlage auf den Standpunkt vor Abschluß des gedachten, die Ansprüche der Kläger gänzlich beseitigenden Vergleichs zurückzuführen vermöchten, sich die Berechnung des Pflichttheils der Kläger von der Hälfte der gesammten Verlassenschaft des Philipp Breckheimer nach Abzug des Sondergutes gefallen zu lassen.

199. Anerkenntniß eines Testaments von Seiten der auf den Pflichttheil gesetzten Kinder schließt nicht Anerkenntniß der den Pflichttheil verringernden Bestimmungen des Testamentes in sich.

Die dritte eventuelle Beschwerde, daß den Klägern nicht wenigstens der Beweis auferlegt sei, das in dem Testamente ihrer Mutter bestimmte Sondervermögen der Kinder zweiter Ehe sei aus der Errungenschaft genommen worden, — — — — stellt sich jedenfalls aus dem Grunde als verwerflich dar, weil mit der Anerkennung eines mütterlichen Testaments von Seiten auf den Pflichttheil gesetzter Kinder noch keineswegs sämmtliche Erklärungen ihrer Erblasserin, welche den Zweck haben, den Betrag der Summe, von welcher der Pflichttheil zu berechnen ist, zu verringern, anerkannt worden sind.

200. Prozeßzinsen. Usurae ultra alterum tantum. Compensation. Mangelnde Zahlungsfrist.

Auf Grund der vierten Beschwerde war das vorige Urtheil abzuändern. Mittelst solcher verlangen die Beklagten und Widerkläger, daß ihren Gegnern aufgegeben werde, die Summe von fl. 151. 42, zu deren Rückgabe sie in dem Erkenntnisse des Appellationsgerichts v. 25. April 1853 verurtheilt sind, „sammt Verzugszinsen" zu restituiren, und ist kein Grund vorhanden, ihnen seit dem 29. Okt. 1852, an welchem Tage die Widerklage den Widerbeklagten behändigt ist, den Anspruch, wenn auch nicht auf Verzugs-, so doch auf Prozeßzinsen zu versagen. Zwar vermeinen die Widerbeklagten

a. ihre Verpflichtung sei dadurch ausgeschlossen, daß in der Summe von fl. 151. 42 kr. die Zinsen bereits das Kapital von fl. 75 überstiegen. Allein die Vorschrift, daß der Zinsenlauf sistirt werde, sobald die Höhe der Zinsen den Betrag des Kapitals erreicht hat, bezieht sich nicht auf einen Fall, wo eine Verpflichtung zur Zinszahlung eintritt in Bezug auf einen Posten, welcher mit aus Zinsen gebildet wird, die Dritte (hier die Sparkasse) bezahlt haben oder zu bezahlen gehabt hätten. Ebensowenig wird

b. von der Zinspflicht aus dem Grunde Umgang genommen werden können, weil die gedachte Summe im Wege der Compensation von demjenigen in Abzug zu bringen sei, was Beklagte den Klägern seiner Zeit zu vergüten haben würden. Denn die Frage, ob eine solche Vergütung Statt finden werde, ist gegenwärtig noch ungewiß, und jedenfalls wird auch bei dem Betrage dessen, wovon die $^2/_{36}$ zu berechnen sind, die omnis causa, insoweit darauf nicht verzichtet worden, in Berücksichtigung kommen. Es ist also kein Grund abzusehen, weßhalb nicht auch bei dem jetzt in Rede stehenden Posten die Prozeßzinsen in Berechnung kommen sollten. Völlig unerheblich aber für die Verzinsungsfrage ist

c. der Umstand, daß das Appellationsgericht in Betreff der gedachten Summe keinerlei Zahlungsfrist vorgeschrieben, sowie der Umstand, daß Appellanten sich darüber, daß solches nicht geschehen, nicht beschwert haben, da in Betreff der Nichtzuerkennung selbst Beschwerde von Beklagten erhoben ist.

LXXXVII.

F. B. Cardini dahier, Kläger und Widerbeklagter
contra
H. L. Minoprio dahier, Beklagten und Widerkläger.

In der Nr. LIII. näher ausgeführten Streitsache trat Kläger den ihm daselbst auferlegten Beweis durch Zuschiebung des Schiedseides, Beklagter den ihm nachgelassenen Beweis durch Urkunden, Zeugen, Sachverständige und Zuschiebung des Schiedseides an. Das Stadtgericht erkannte, daß, da die übrigen Beweismittel für irgend einen der Beweissätze nicht so viel ergeben hätten, daß auf einen nothwendigen Eid erkannt werden könnte, lediglich die zugeschobenen und angenommenen Schiedseide in Betracht zu kommen hätten. Für den Fall, daß Beklagter schwören würde, so sei der Kläger mit seiner Klage für den bis zur Zustellung der Klage fälligen Betrag seiner Forderung abgewiesen, — für den Fall, daß Kläger schwören würde, so sei der Beklagte verurtheilt, von Zustellung der Klage an die vertragsmäßigen Zahlungen zu leisten.

Auf beiderseitige Appellation und auf Antrag von Aktenversendung von Seiten des Beklagten wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze vom Spruchcollegium von Berlin am 7. December 1853 das stadtgerichtliche Erkenntniß:

1. in Bezug auf die Beschwerdeführung des Klägers dahin geändert, daß für den Fall, daß Beklagter schwöre, die Klage nur bis zu dem Betrage abzuweisen sei, als das rechtskräftige Beweisinterlocut eine Renitenz des Klägers angenommen habe;

2. in Bezug auf die Beschwerdeführung des Beklagten lediglich bestätigt.

Auf Oberappellation des Beklagten wurde vom Oberappellationsgericht am 19. Juni 1854 das zweitinstanzliche Urtheil unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten der Instanz mit

der Modifikation bestätigt, daß Beklagter außer der durch die Aktenversendung erwachsenen Kosten von den Kosten voriger Instanz nur die Hälfte zu tragen habe, deren andere Hälfte aber zu compensiren sei.

201. Grundsätze über Kostenerstattung.

Auf Appellation des Klägers war das erste Urtheil in Gemäßheit der von ihm aufgestellten Beschwerde abgeändert, auf Appellation des Beklagten dagegen das erste Urtheil bestätigt: Rechtsfolge würde mithin sein, daß die durch die erste Appellation erwachsenen Kosten verglichen, in die Kosten der zweiten Appellation dagegen der Beklagte verurtheilt würde; oder, da über beide Rechtsmittel in einem Erkenntniß gesprochen worden ist, auch ein Grund zu anderweitiger Vertheilung nicht vorliegt, daß die Kosten voriger Instanz zur Hälfte von dem Beklagten getragen, zur Hälfte dagegen verglichen würden. Die Aktenversendungskosten müssen jedoch den Beklagten als den nachsuchenden Theil treffen. An dem vorstehenden Resultat wird auch dadurch Nichts verändert, daß der Beklagte um Aktenversendung nachgesucht hat, wodurch die Nothwendigkeit herbeigeführt ist, daß auch in Betreff der Appellation des Klägers das schriftliche Verfahren eintreten mußte und dadurch vermehrte Kosten entstanden sind, da Beklagter von der Aktenversendung als einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat und die Kostenfrage hiervon überall nicht berührt wird. Ebensowenig kann die von dem Kläger bezweifelte Moralität der Prozeßführung des Beklagten zu einer Verurtheilung des Letztern in Kosten führen, deren Vergleichung eine Folge des Wechsels der Erkenntnisse ist.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz hat der Beklagte zu tragen, da derselbe in der Hauptsache mit seiner Beschwerde nicht durchgedrungen ist und dessen zweite Beschwerde eine nennenswerthe Vermehrung der Kosten nicht herbeigeführt hat.

LXXXVIII.

Georg Jacobi dahier, Kläger

contra

die Frankfurter Aktien=Gesellschaft für Rhein= und Mainschifffahrt, Beklagte.

Die dem Handelsmann Georg Jacobi gestohlenen Aktien, welche in dem Rechtsfall Nr. II. einen Rechtsstreit wegen Auszahlung der Dividende hervorriefen, gaben Veranlassung, daß Georg Jacobi, nachdem er bereits im Jahr 1850 bei dem Stadtgerichte II. die Amortisation dieser Aktien beantragt hatte, eine Klage wegen Amortisation dieser Aktien gegen die Frankfurter Aktien=Gesellschaft für Rhein= und Mainschifffahrt anstellte. Kläger stützte sich dabei auf die Behauptung, daß die fraglichen Aktien vernichtet worden seien: dies ginge theils aus einem, bei den Akten der vor dem peinlichen Verhöramte wegen obigen Diebstahls eingeleiteten Untersuchung befindlichen, anonymen Schreiben hervor, theils daraus, daß die seit der Zeit des Diebstahls verfallenen Dividenden nicht erhoben würden.

Beklagter hatte Nichts in Betreff der Amortisationsanträge zu erinnern.

Auf Replikerklärung des Klägers erkannte das Stadtgericht am 7. März 1853 die Beklagten für schuldig, gleichlautende Aktien 2c. dem Kläger einzuhändigen, falls derselbe die Amortisation der fraglichen Aktien erwirke. Zur Rechtfertigung des Antrags auf Amortisation der Aktien durch die erste Abtheilung des Stadtgerichts (streitige Gerichtsbarkeit) beraumte das Stadtgericht dem Kläger zugleich Termin zur mündlichen Verhandlung an und verwies am 18. März 1853 die Einleitung des Amortisationsverfahrens an die Competenz der zweiten Abtheilung des Stadtgerichts (freiwillige Gerichtsbarkeit). Nachdem das Appellationsgericht am 23. Mai 1853 auf Appellation des Klägers

die Competenz des Stadtgerichts I. anerkannt hatte, erließ nach Aushandlung der Sache das Letztere am 3. August 1853 das Urtheil:

> „wird klagender Theil mit den gestellten Anträgen abgewiesen und zum Ersatze der dem beklagten Theil in dieser Instanz erwachsenen Kosten verurtheilt."

Auf Appellation des Klägers wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze das stadtgerichtliche Erkenntniß bestätigt:

vom Appellationsgericht am 16. September 1853,
vom Oberappellationsgericht am 22. Juni 1854.

202. Gesetz vom 8. Juli 1817 § 4.

Indem der Kläger seinen Antrag auf Amortisation der ihm entwendeten Aktien der beklagten Gesellschaft gegenwärtig lediglich auf den art. 4 des Gesetzes vom 8. Juli 1817 gründet, welcher bestimmt, in welchem Falle ausnahmsweise eine Amortisation auf den Inhaber lautender Papiere statthaft sei, erkennt er es dadurch selbst an, daß die Bestimmung des art. 2 des gedachten Gesetzes, wonach in der Regel eine solche Amortisation gänzlich ausgeschlossen ist, nicht bloß von eigentlichen Staatspapieren, sondern auch von anderen Frankfurtischen, auf den Inhaber lautenden Papieren zu verstehen sei; wie sich dies denn auch nach dem Zusammenhange, worin der art. 2 mit dem art. 1 steht, und nach dem Zwecke des ganzen Gesetzes, lediglich den redlichen dritten Besitzer solcher Papiere zu schützen, kaum bezweifeln läßt. — — Was nun aber den citirten art. 4 betrifft, so fragt es sich schon, ob dieser überall von Papieren, wie die jetzt in Frage stehenden, handle; derselbe redet nämlich ausdrücklich und zwar im Gegensatze gegen die in den früheren Paragraphen gebrauchten allgemeinen Ausdrücke nur von solchen Staatspapieren, „in welchen sich die Stadt Frankfurt als Schuldnerin bekennt;" und wenngleich in den Entscheidungsgründen zum Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 20. Januar v. J. (cf. oben p. 6) bemerkt ist, es dürfte sich dies daraus erklären, daß damals in Frankfurt noch keine, Papiere au porteur ausgebende Privat-

gesellschaften bestanden haben, so wird diese Annahme doch dadurch einiger Maßen zweifelhaft, daß der art. 1 des Gesetzes, indem er von, auf porteur lautenden Staats- oder anderen Obligationen und Schuldbriefen redet, kaum andere, als solche Papiere von Privatgesellschaften, im Auge gehabt haben kann. Indessen darf diese Frage in diesem Falle füglich unentschieden bleiben. — — —

203. Amortisation von Staatspapieren au porteur.

Wenn man den art. 4. des Gesetzes vom 8. Juli 1817 auch nicht auf Frankfurter Stadtobligationen beschränken könnte, so liegt jedenfalls die andere Voraussetzung, auf welcher die in demselben sanktionirte Ausnahme von der Regel des art. 2 beruht, im gegenwärtigen Falle, wenigstens zur Zeit, nicht vor. Es ist nämlich klar, daß die Frankfurtische Gesetzgebung in der Begünstigung des dritten redlichen Besitzers auf den Inhaber lautender Papiere soweit geht, daß sie die Amortisation derselben verbietet, so lange nur noch die Möglichkeit anzunehmen ist, daß ein solcher vorhanden sei, indem der art. 4 die Amortisation nur dann gestattet, wenn der totale Untergang solcher Papiere dergestalt bescheinigt wird, daß durch die Nichteinlösung derselben der Schuldner sich offenbar mit dem Schaden des letzten Besitzers — der Ausdruck dritten Besitzers im art. 4 beruht ohne Zweifel auf einem Versehen — bereichern würde. Es genügt also nach dieser Verordnung keineswegs der, wenn auch noch so vollständige Beweis, daß Papiere der fraglichen Art abhanden gekommen seien, sondern es muß nach den beizubringenden Bescheinigungen vernünftiger Weise nicht daran gezweifelt werden können, daß die Papiere gänzlich vernichtet seien; wie dies auch vom Oberappellationsgerichte in den angeführten Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 20. Januar v. J. (cf. oben p. 6) besonders hervorgehoben ist.

Für einen solchen gänzlichen Untergang hat nun aber der Kläger nichts Anderes geltend machen können, als

a. das — aus den Untersuchungsakten — beigebrachte anonyme Schreiben;

b. den Umstand, daß seit der Entwendung der Papiere weder

die Aktien zum Vorschein gekommen, noch auch die seitdem dreimal ausgetheilten Dividenden für diese Aktien erhoben worden seien;

und Beides kann auch in Verbindung mit einander für eine Bescheinigung des totalen Untergangs, namentlich wie der art. 4 sie fordert, nicht erachtet werden. Denn

ad *a*. in dem anonymen Schreiben erklären die angeblichen Diebe dem Kläger nur, er werde die gestohlenen Papiere nicht eher wieder erhalten, als bis die als des Diebstahls verdächtig damals in Untersuchung gezogenen Personen in Freiheit gesetzt sein würden, indem sie noch hinzufügen: „lieber werden sie verbrannt." Es enthält also dieses Schreiben nicht einmal eine bestimmte Drohung, in einem gewissen Falle die Papiere zu vernichten; und dafür, daß diese Drohung wirklich erfüllt sei, ist gar nichts beigebracht. Was aber

ad *b*. den zweiten Umstand betrifft, so ist, nachdem, wie der Kläger selbst anführt, in öffentlichen Blättern vor dem Ankaufe der gestohlenen Papiere gewarnt worden ist, es schon daraus so vollkommen erklärlich, daß die Diebe sich vorläufig gehütet haben, sie zu Kauf auszubieten, daß darin, daß die Aktien bisher nirgends vorgekommen und die Dividenden darauf nicht erhoben worden sind, den Umständen nach überall keine Bescheinigung eines wirklichen Untergangs der Papiere gefunden werden kann: wie denn überdies manche Gesetzgebungen selbst nach erfolgter gehöriger Bescheinigung der eingetretenen wirklichen Vernichtung von Papieren au porteur die Ediktalladungen zum Behufe der Amortisirung erst dann gestatten, nachdem mehrere Zinszahlungstermine, ohne daß sich Jemand mit den Papieren gemeldet hat, verflossen sind oder gar die Proscriptionszeit abgelaufen ist,

Preußische Gerichts-Ord. Th. I. tit. 51 § 121. 124 — 126.
Preußische Verordnung vom 16. Juni 1819.
Königl. Sächsische Verordnung vom 25. Juli 1777 (bei Schumann die Amortisation von Urkunden p. 208)

während der art. 4 auf den Grund der beigebrachten Bescheinigung des totalen Untergangs sofort, ohne ein weiteres Verfahren, die Amortisation auszusprechen gestattet und nur eine nachfolgende Bekanntmachung vorschreibt.

Der Mangel gehöriger Bescheinigung wird auch im vorliegenden Falle nicht dadurch ersetzt, daß die Beklagte erklärt, sie habe keinen Grund in die Angaben des Klägers über die geschehene Entwendung und Vernichtung der Aktien u. s. w. Zweifel zu setzen und überhaupt gegen die Amortisation nichts zu erinnern. Denn theils wird durch das, was sie als bewiesen zugibt, nach dem Obigen die Vernichtung der Papiere direkt gar nicht bescheinigt, theils beruht das Frankfurter Verbot der Amortisation nicht auf einer Begünstigung des Schuldners, auf welche dieser ja allerdings verzichten könnte, sondern lediglich auf einer Begünstigung des dritten redlichen Inhabers, so daß also die zustimmende Erklärung der Beklagten als völlig irrelevant erscheint.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

1. zwar von Seite des beklagten Theils ein Widerspruch gegen die klägerischen Anträge nicht vorliegt, jedoch

2. soviel die Amortisation der fraglichen Aktien betrifft dieselbe, — wenngleich in substrato die Competenzfrage bereits entschieden worden *), — in Betracht des dieserhalb am 2. August 1850

*) Das Appellationsgericht erkannte am 23. Mai 1853 (cf. Geschichtserzählung):

Wenn sich schon im Allgemeinen die gewichtigsten Bedenken gegen die Rechtfertigung der in dem stadtgerichtlichen Bescheide vom 18. März l. J. bezeugten Praxis erheben — eine Praxis, welche übrigens jedenfalls erst seit Erlaß des Gesetzes vom 7. Nov. 1848 entstanden ist und welche mit dem Grundsatze im Widerspruche steht, daß überhaupt nur „derjenige Richter Amortisationsgesuche anzunehmen berechtigt ist, welcher die streitige Gerichtsbarkeit hat und befugt sein würde, einen Rechtsstreit über die in der fraglichen Schuldurkunde ausgedrückte Forderung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner zu entscheiden,"

Schumm die Amortisation p. 161

so war doch mindestens in dem vorliegenden Falle, wo der principale Antrag der Klagschrift auf Amortisation der fraglichen Aktien gerichtet und darüber mit der beklagten Gesellschaft bis zur Replik verhandelt worden war, nach dem ordnungsmäßigen Schluß dieser Verhandlungen der Kläger berechtigt, von dem Stadtgerichte l. auch eine Entscheidung der Frage, ob unter den vorliegenden Umständen das Amortisationsverfahren einzuleiten sei oder nicht, zu gewärtigen.

ergangenen appellationsgerichtlichen Erkenntnisses (4. der eingesehenen Akten des Stadtgerichts II. J. Z. Jacobi u. Sohn, Amortisation betr. de 1850) *) für zulässig nicht erachtet werden kann.

Das Appellationsgericht ging von der Erwägung aus:

des bereits unterm 2. August 1850 in S. J. Z. Jacobi u. Sohn Amortisation betr. erlassenen Erkenntnisses dieses Gerichtes;

und in fernerer Erwägung,

daß gleichwie einerseits das Einverständniß der jetzt gegen einander aufgetretenen Partheien über den klägerischen Antrag ein Eingehen auf diesen Letzteren, den Rechten eines etwaigen dritten, immer denkbaren redlichen Besitzers der fraglichen ab-

---

*) Das Appellationsgericht schlug einen bei dem Stadtgericht II. auf Amortisation gestellten Antrag am 2. August 1850 aus folgenden Gründen ab, daß

1. in den Gesetzen vom 8. Juli 1817 und 20. April 1830 Staatspapiere und andere Obligationen und Schuldbriefe, welche auf den Inhaber lauten, einander völlig gleichgestellt und wenn unter dem letztern Ausdrucke auch nicht Privatverschreibungen, doch jedenfalls Obligationen au porteur, ausgestellt von autorisirten Corporationen, Banken u. dergl. begriffen sein sollen (vergl. Souchay Anmerk. I. p. 402) und daß

2. wenngleich in Gemäßheit vorderer Entscheidungen anzuerkennen ist, daß das Verbot der Vindication auf den Inhaber gestellter Obligationen auf dergleichen in blanco girirte Schuldverschreibungen nicht auszudehnen sei, auch nach dem Vorbringen des Appellanten die Obligationen der Frankfurter Aktiengesellschaft für Rhein- und Mainschifffahrt statutgemäß beliebig auf Namen oder Inhaber ausgestellt, resp. auf Verlangen des Besitzers in die einen oder anderen durch Vormerkung des Verwaltungsraths auf den Aktien-Dokumenten selbst umgewandelt werden können, doch eine solche Umwandlung mit den fraglichen, geständiger Maßen au porteur gelautet habenden Aktien zur Zeit ihrer angeblichen Entwendung nicht vorgenommen worden war, mithin rücksichtlich ihrer nur die gesetzlichen Vorschriften über auf Inhaber lautende Schuldverschreibungen Anwendung finden können, daß endlich

3. auch die Vorschriften des Gesetzes vom 8. Juli 1817, bezüglich der Amortisation nach den Eingangsworten des § 2 offenbar nicht auf eigentliche Staatspapiere zu beschränken sind.

handen gekommenen Aktien gegenüber, nicht zu rechtfertigen vermöchte, so andererseits, selbst wenn eine Extension der im § 4 des Gesetzes vom 8. Juli 1817 enthaltenen singulären Bestimmung für Stadt-Frankfurtische, auf den Inhaber gestellte Staatspapiere auch auf andere, auf den Inhaber gestellte Schuldscheine zugegeben werden könnte, es in dem vorliegenden Falle doch jedenfalls zur Zeit an der erforderlichen Bescheinigung des totalen Untergangs der fraglichen Aktien fehlen würde.

LXXXIX.

G. Bange zu Langenschwalbach, nunmehr dessen Wittwe Lisette, geb. Diefenbach, für sich und ihre unmündigen Kinder, Kläger

contra

H. L. Neuwall dahier, Beklagten.

Es handelt sich hier um die Frage, ob der Plan der Frankfurter Stadtlotterie, welcher zwischen der Lotteriedirektion und den Collekteurs eine baare Bezahlung der Loose vorschreibt, auch für das Verhältniß der Collekteurs zu den einzelnen Spielern maßgebend sei, oder ob hier der Privatwille das obligatorische Verhältniß bestimme. Das letztere annehmend verurtheilte

das Stadtgericht am 25. September 1850

und auf Appellation des Beklagten und dessen in zweiter Instanz gestellten Antrag von Aktenversendung

das Spruchcollegium zu Bonn am 24. Febr. 1854,

das Oberappellationsgericht am 30. Juni 1854,

den Beklagten zur Bezahlung eines Gewinnstes sammt Verzugszinsen und in die Prozeßkosten.

Die zweite Instanz gab dem Anwalt des inzwischen verstorbenen Klägers auf, die Namen der in lite befangenen unmündigen Kinder desselben bei fünf Rthlr. Strafe binnen 14 Tagen zu den Akten zu bringen.

XC.

Dr. phil. H. M. Malten dahier, Kläger

contra

Heinr. Ludwig Brönner dahier, Beklagten.

Die Nothfrist der von Seiten des Klägers ausgeführten Oberappellation war desert und das Oberappellationsgericht erließ am 11. Juli 1854 ein Restitutionserkenntniß.

XCI.

Der Lehnsträger und die übrigen Lehnsinteressenten des Münzenberg'schen sogen. Alt Strahlenberger Erb- und Frauenlehn bei Oberrad, Frankfurter Gebiets, Kläger

contra

Hohen Senat der freien Stadt Frankfurt, Beklagten.

Wegen des Baues der Frankfurt-Offenbacher Eisenbahn wurden einige Grundstücke des zum Münzenberg'schen sogenannten Alt Strahlenberger Erb- und Frauenlehn gehörigen Gütercomplexes expropriirt, auch die richterlich festgestellte Enteignungssumme auf Antrag des Lehnsherrn, eines hohen Senates der freien Stadt Frankfurt, durch die Bauamts-Eisenbahn-Commission bei dem Rechnei-Amte deponirt. Lehnsherr und Lehnsträger einigten sich nämlich nicht in Betreff der vorgedachten Enteignungssumme: der erstere wollte mit derselben anderweitiges, dem Lehn einzuverleibendes Grundeigenthum erworben wissen, der letztere hielt sich für zinsbare Anlegung jener Gelder, namentlich zuletzt durch Erwerbung erster Hypotheken für berechtigt. Anfänglich bestand auch eine Meinungsverschiedenheit der beiden Partheien darüber,

ob der Enteignungserlös und der mit demselben in der einen oder andern Art zu erwerbende Complex von Vermögensrechten feudaler Qualität wären und dem für das Hauptgut fortbestehenden Lehnsnexus als integrirender Theil unterliegen müßten, oder ob vielmehr dem fraglichen Enteignungs-Kapitale, wenn nicht ganz, wenigstens theilweise gegenüber dem Hohen Senat als der Lehnsherrschaft des Hauptgutes, allodiale Qualität beizulegen sei, und ob nicht die damit erworbenen Grundstücke, Insätze oder sonstige Vermögensstücke immer nur eine sogenannte allodiale Lehns-Pertinenz würden bilden können. Allein später haben der Lehnsträger und die mit ihm aufgetretenen 13 Lehnsinteressenten (weitere 27 Interessenten haben sich, nachdem ein Theil derselben gegen hypothekarische Anlage des Geldes in erster Instanz protestirt hatten, sämmtlich in dritter Instanz den Anträgen des Lehnsträger angeschlossen) in dieser Hinsicht sich nur ihre Rechte für den Fall vorbehalten, daß der Lehnsnexus des Hauptgutes durch Apertur, Allodifikation oder wie sonst aufhören sollte. Sie haben sich zu diesem Behufe bereits außergerichtlich am 23. Dez. 1851 zu ausreichenden Sicherheitsmaßregeln der lehnsherrlichen Interessen wegen Anlage des fraglichen Erlöses bereit erklärt und auch gegen die von dem Stadtgerichte nach erhobener Klage zu ihren Ungunsten beurtheilte Allodialitätsfrage nicht weiter gravaminirt.

Während des erhobenen Rechtsstreites gestattete hoher Senat durch Conclusum vom $^{16}/_{27}$ Juni 1853 die einstweilige hypothekarische Anlage der fraglichen Enteignungssumme.

Kläger beantragte in zweiter Instanz Aktenversendung von Amtswegen nnd da das Appellationsgericht auf diesen Antrag nicht einging, hatten die Obergerichte in Betreff desselben zu entscheiden.

Das Stadtgericht erkannte am 7. Juni 1852:

A. Kläger haben den von ihnen gestellten Anträgen die Zustimmung der in dem Lehnbrief weiter genannten 27 Personen binnen drei Wochen nachzuweisen, bei Vermeidung mit der Klage angebrachter Maßen unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen zu werden.

B. Für den Fall der Erledigung der vorbemerkten Auflage ist

die bei dem Rechnei-Amte deponirte Summe von fl. — — von den Klägern und dem beklagten Theile gemeinschaftlich auf erste hiesige Hypotheken anzulegen und sind die zu erwerbenden Hypothekarforderungen als dem Münzenberg'schen sogenannten Alt-Strahlenberger Erb- und Frauenlehn bei Oberrad angehörig in die Hypothekenbücher einzutragen, auch werden die Kosten compensirt.

Auf beiderseitige Appellation bestätigte das Spruchcollegium zu Berlin am 29. April 1853 das vorherstehende Erkenntniß, verurtheilte jede Parthei in die durch ihre Beschwerdeführung entstandenen Kosten mit Ausschluß der Transmissionskosten, die den Klägern zur Last fielen.

Auf beiderseitige Oberappellation erkannte das Oberappellationsgericht am 21. Juli 1854 bestätigend mit dem Zusatze, daß Beklagter die Enteignungssumme vom 23. Dez. 1851 bis 27. Juni 1853 mit $3\frac{1}{2}$ % zu verzinsen habe. Die Kosten voriger Instanz, soweit solche durch die Appellation des Klägers entstanden und nicht durch die Aktenversendung verursacht sind, werden zur Hälfte compensirt, deßgleichen die Hälfte der Kosten dritter Instanz, während in die andere Hälfte Beklagter verurtheilt wird.

204. Muß der durch einen unfreiwilligen Verkauf einzelner Theile eines Grundlehns erzielte Erlös von dem Lehnsträger wiederum in Grundlehn angelegt werden?

Anlangend die Hauptstreitfrage, ob die Anlegung der Enteignungssumme nur in Grundstücken, oder auch in Insätzen zu geschehen habe, so war das Prinzipalgravamen des Beklagten, daß überhaupt die hypothekarische Anlegung für statthaft in den beiden vorderen Instanzen erklärt worden sei, unbedenklich als völlig unbegründet zu verwerfen.

1. Die zins- und nutzbare Wiederanlegung des fraglichen, aus unfreiwilligem Verkauf einzelner Parcellen des Hauptgutes gewonnenen Erlöses, kann, wenngleich in Folge einer Alienation eintretend und für das Lehn im Ganzen auch eine Veränderung der Substanz mit sich führend, doch selbst dieserhalb noch nicht

als Disposition über letztere, oder als wirkliche Alienation, geschweige denn als Deterioration behandelt werden. Sie bildet vielmehr nichts als einen Administrations-Akt zu thunlichster Ausgleichung der wider Willen des Besitzers herbeigeführten Veränderung der Substanz und des damit etwa gegebenen, an sich unvermeidlichen Schadens, sowie zu Realisirung des an dem gesammten Gute und allem Zubehör desselben zuständigen Nutzungsrechts, was, wenn überall näherer Ausführung bedürftig, solche schon früher, wenn auch nur bezüglich eines Fideicommiß-Gutes in

Fr. S. v. Wiesenhütten c. v. Leonhardi 1850

gefunden hat. Nun aber ist

2. das dem Lehnsinhaber zuständige Verwaltungs- und Nutzungsrecht anerkannter Maßen

Patz Lehrbuch des Lehnrechts § 91 vergl. mit 89 u. 92.

Mayr Handbuch des Lehnrechts § 119.

ein ebenso umfassendes und an sich unbeschränktes, als umgekehrt sein Dispositions- und Alienationsrecht, obschon ein solches ihm nicht gänzlich fehlt, doch in Folge der lehnsherrlichen Rechte und wegen der Anrechte der Lehnsfolger vielfachen und sehr verschiedenartigen, hier nicht näher zu erörternden Beschränkungen unterliegt. Nicht minder gebührt jenes Doppelrecht, während bei Dispositions-Akten für deren Statthaftigkeit, resp. Rechtsbestand und Wirkung Conkurrenz oder doch Consens der übrigen Lehnspersonen erforderlich, resp. dienlich ist, dem Vasallen allein mit Ausschluß Jener, so lange nicht etwa die einzelne Nutzungs- oder Verwaltungs-Art entweder zugleich den Charakter einer partiellen Alienation gewinnt oder eine Deterioration des Lehnguts in sich schließt, resp. nach sich zieht, in welchem letzteren Fall der Lehnsherrschaft sogar das Recht einer prohibitorischen sofortigen Intervention zusteht, die Lehnsfolger dagegen wenigstens einen Entschädigungs-Anspruch bei demnächstigem Lehnsanfalle hätten und zu alsbaldiger Reservation deßfalls befugt wären. Abgesehen daher von diesem letztgedachten Falle ist der Vasall zu allen Administrationsakten berechtigt, welche auf Nutzung und Nutzbarmachung des Lehns berechnet sind; und selbst wo für deren Vornahme keine absolute, von dem Willen des Vasallen ganz unab-

hängige Nothwendigkeit gegeben ist, kann es darauf allein ankommen, ob jene Verwaltungsmaßregel wirthschaftlich gerechtfertigt erscheint und mit dem Verfahren eines guten Hausvaters vereinbar ist, so daß der Lehnsherrschaft weder überhaupt ein Recht des Widerspruchs, noch selbst nur dies zugestanden werden kann, für ihre individuelle Meinung über die Angemessenheit der in Frage stehenden Verwaltungsmaßregel Berücksichtigung oder gar unbedingten Vorzug vor den Ab- und Ansichten des Vasallen ansprechen zu dürfen.

Diesen Grundsätzen hat denn auch das Oberappellationsgericht bereits

3. in dem oben erwähnten Präjudikate sowohl Ausdruck als dahin Folge gegeben, daß der Fideicommißbesitzer nicht einmal an Anlegung von Expropriationsgeldern in soliden Staatspapieren durch Einspruch des Fideicommiß-Anwärters behindert werden könne, daß dies vielmehr eine wirthschaftlich völlig gerechtfertigte Verwaltungsmaßregel sei, welche, wenn auch an sich derartiger Nutzbarmachung des Expropriationserlöses eine hypothekarische Anlegung desselben, dieser letzteren wieder die Verwendung zu Grundankauf vorzuziehen sein dürfte, gleichwohl dem Fideicommiß-Inhaber durchaus freisteht, sobald sich zu einer Nutzbarmachung der letzteren Art entweder überall nicht, oder nicht alsbald und zeitig genug Anlaß darbiete, ja selbst wenn nur die hierzu dargebotene Gelegenheit nach den concreten Umständen und Bedingungen sich seines Ermessens für eine vortheilhafte und wirthschaftlich gerechtfertigte Geldanlage nicht erachten ließe. Nun kann es aber einerseits

a. kein Bedenken haben, bei einem Lehnsbesitze und zu Gunsten seines Inhabers von jenen Grundsätzen analoge Anwendung zu machen. Denn bei aller sonstigen, namentlich durch die persönlichen und realen Rechte der Lehnsherrschaft gegebenen Differenz zwischen Lehen und Familien-Fideicommiß besteht doch in Bezug auf die Inalienabilität und durch die Anrechte der zur Succession berufenen Familienglieder gegebenen Dauer und Unveränderlichkeit des Rechtsverhältnisses eine wesentliche Gleichheit beider Institute und hinsichtlich des Nutzungs-, wie Verwal-

tungs-Rechts, sowie in Betreff aller darauf basirenden Vortheile, Befugnisse, Handlungen u. s. w. ist zwischen dem Lehns- und dem Fideicommiß-Besitzer eigentlich nur die Differenz anzuerkennen, daß Jener, obschon er kein dominium rerum et plenum an dem Lehn hat, doch für sich allein und ohne Weiteres dazu befugt ist, der Andere ein Mehreres nicht ansprechen kann, ungeachtet ihm ein dominium rerum, wenn auch limitatum und kein bloßes dominium utile beizulegen ist. Andererseits

b. bedarf es nicht erst besonderer Erörterung, daß, wenn sogar eine Geldanlage in soliden Staatspapieren als eine Maßregel zu gelten hat, welche innerhalb der selbstständigen Verwaltungsbefugniß eines Fideicommißbesitzers oder Lehninhabers liegt, die Verwendung von aus dem Lehn &c. gewonnenen Geldern auf Erwerb von ersten Insätzen noch viel mehr als wirthschaftlich gerechtfertigt sich darstellt und vollends nicht durch einseitigen Widerspruch des Lehnsherrn gehindert werden oder an dessen Consens gebunden sein kann.

Darnach müßten denn in concreto

4. für das von der Lehnsherrschaft gestellte und so entschieden vertretene Verlangen, daß nur in Grund und Boden der fragliche Expropriationserlös wieder angelegt werde, so wie gegen die in den vorderen Instanzen als zulässig anerkannte hypothekarische Nutzbarmachung ganz besondere Bedenken in juristischer Hinsicht relevirt sein oder in faktischer Beziehung obwalten, um von den obigen — allgemeinen Grundsätzen abzusehen. Dies aber ist durchaus zu verneinen. Wenn nämlich zunächst

a. Seitens der Lehnsherrschaft darauf Gewicht gelegt wird, daß überhaupt Grundlehen die Regel bildeten, ein Geldlehen aber, in welcher Form immer realisirt, als Ausnahme zu gelten habe, und schon deßhalb dessen Errichtung an den Consens der Lehnsherrschaft gebunden sein müsse, so ist nicht zu übersehen, daß es sich hier gar nicht um Errichtung eines neuen Lehns, sondern nur darum handelt, in welchem Maße mit dem nach, wie vor Grundlehn bleibenden Hauptgute des Strahlenberger Hofes das Surrogat der davon getrennten Parcellen als Accessorium und Pertinenz

verbunden werden solle, ob in der Gestalt eines nutzbringenden Realrechts oder in Form einer Areal-Erweiterung. Ferner kann

b. das der Lehnsherrschaft allerdings einzuräumende und auch in gegenwärtigem Falle durch die hohe Unwahrscheinlichkeit jemaliger Apertur an sich nicht alterirte Recht auf Conservation des Lehngutes in seiner wesentlichen Substanz und ursprünglichen Gestalt, theils nur in Betreff solcher Umwandelungen zu einem Widerspruche berechtigen, welche lediglich in dem Belieben des Lehnsbesitzers ihren Grund hätten, während doch die hier in Frage stehende Aenderung eben nur als eine, in Folge des gesetzlichen Expropriationszwangs eintretende äußere und unvermeidliche Nothwendigkeit sich darstellt; theils könnte das bloß eventuelle Recht der Lehnsherrschaft auf dereinstigen Rückerwerb des Lehns in gleicher Qualität und Quantität doch nicht vor dem aktuellen Recht des Vasallen auf ununterbrochene, vollständige und thunlichst unbeschränkte Nutzung des Lehns den Vorzug verdienen, und dahin führen, daß bloß zur Sicherung der äußeren Gestalt des Lehns für die Zeit der Apertur dasjenige Kapital, welches aus dem entzogenen Areale erwachsen ist und ein Surrogat des Verlorenen, sowie eine unbestrittene Pertinenz des Hauptguts bilden soll, auf längere und noch dazu auf unbestimmte Zeit ganz nutzungslos sollte liegen bleiben müssen. Dies würde weder überhaupt dem Vasallen ohne Ungerechtigkeit anzusinnen sein, noch mit der auch das Lehnsvermögen betreffenden Verpflichtung zur sogenannten Lehnsprotektion in Einklang stehen. Es wird daher die Rücksicht auf das Heimfallsrecht nicht weiter führen können, als daß auch für das zum Grundlehn hinzutretende Kapitalvermögen die Vasallenschaft auf bloße Nutzung beschränkt bleibe und an jeder einseitigen und anderweiten Verfügung über dasselbe gehindert werde, gegen späteren Verlust aber des aus dem Lehn herrührenden Gelderlöses die Lehnsherrschaft thunlichste Sicherstellung erhalte; und alles dies ist von den Klägern sowohl von vorn herein angeboten worden, als auch durch die in den vorderen Erkenntnissen wegen der Geldanlegung getroffenen Bestimmungen ausreichend geschehen, bei welchen klägerischer Seits man sich beruhigt hat. Wenn sodann

c. auch noch dies besonders relevirt worden ist, daß ländlicher Grundbesitz von höherem Werthe sei und eine Werthssteigerung aller Erfahrung nach im Laufe der Zeit erwarten lasse, daß auch Erwerb eines solchen im Frankfurtischen Gebiet nichts weniger als unthunlich wäre, so mag letzteres, trotz aller deßfalls aus den sehr speciellen Angaben der Kläger über die Frankfurter Areal-Verhältnisse entstehenden Bedenken, dem Fiskale zugegeben werden. Immer aber hat doch die Lehnsherrschaft kein Recht auf etwaige Vortheile, welche möglicherweise dereinst bei eintretender Apertur aus einer bestimmten Verwendung oder Verwaltung des Lehnsvermögens für sie mittelbar erwachsen könnten, sondern sie soll nur, so weit dies nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge thunlich ist, gegen willkürliche Verschlechterung des ursprünglichen Lehnsbestandes gesichert sein. Außerdem kann auch, weil die Lehns-Interessenten theils auf den jährlich wiederkehrenden Ertrag sich beschränkt sehen, theils aus dem etwa sich steigernden Grundwerthe auch für die Zukunft keinen Ersatz zu hoffen haben, unmöglich denselben trotz ihres unbestreitbaren Rechts auf bestmögliche Nutzung des Lehns, eine areale Erweiterung des Hauptgutes unter solchen Bedingungen angesonnen werden, wobei der zu gewärtigende Grundertrag gar nicht mehr zu dem Kaufpreise in richtigem Verhältnisse stände. Ebensowenig verdient

d. der Einwand Beachtung oder nähere Widerlegung, es böten Insätze keine volle und nicht einmal ausreichende Sicherheit dar, und würde behufs, wie in Folge derartigen Erwerbs die Lehnsherrschaft zu einer Mitwirkung bei der Verwaltung des Lehnsvermögens sich genöthigt sehen. Anlangend aber

e. die Berufung auf den von einzelnen Lehnsinteressenten eingereichten, übrigens längst wesentlich modificirten Protest, so liegt hierin nicht bloß offensichtlich eine exceptio ex jure tertii, sondern auch ein an sich ganz unerheblicher Einwand. Denn da die Urheber gedachten Protestes, eigenem Geständniß nach, im Nutznießungsbesitze sich nicht befinden, auch ein deßfallsiges Recht kaum noch zu behaupten wagen, so haben sie höchstens ein eventuelles künftiges Anfallsrecht und daher nur ähnliche Ansprüche, wie die Lehnsherrschaft. Außerdem aber würden sie auch, wenn

wirklich mitberechtigt zur Nutzung und gleich den Klägern als Lehnsinteressenten zu betrachten, nach der hier obwaltenden, nicht nach Analogie des gewöhnlichen condominii zu beurtheilenden, sondern einem Corporationsverhältnisse vergleichbaren Gemeinschaft durch einseitigen Widerspruch den Beschluß der Majorität zu behindern, schwerlich für befugt gelten können.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

V. zwar die Lehnsherrschaft befugt ist, ihren Consens zur Veräußerung des Lehns oder einzelner Theile desselben an die Bedingung zu knüpfen, daß der Erlös zum Ankauf von, an die Stelle der veräußerten Objekte tretenden Grundstücken verwendet werde; daß

VI. vorliegend aber es sich von einer unabhängig von dem Willen des Lehnsherrn und des Vasallen stattgehabten Entäußerung eines Theils des Lehnsobjekts, sowie von einer Werthverminderung der übrigen Theile gehandelt hat, wofür die mehrerwähnte Entschädigungssumme entrichtet worden ist; daß

VII. daher dem Lehnsherrn nur die Befugniß zugestanden werden kann, zu verlangen, daß jene Summe dem Lehn zugewendet, nicht aber, daß damit Grundeigenthum erworben werde; daß

VIII. die von den Klägern beantragte hypothekarische Anlage zu diesem Zwecke nicht als ungeeignet anzusehen ist, da auch Hypotheken den Gegenstand des Lehns bilden können;

G. L. Böhmer princ. jur. feud. § 77.

daß

IX. jedoch die Kläger nicht nur in der Klage die Lehnsqualität der fraglichen Summe als zweifelhaft dargestellt, sondern auch solche in der Replik ausdrücklich bestritten und unter der durchaus unrichtigen Unterstellung, daß Exproprient und Lehnsherr ein und dieselbe Person sei, die Consolidation des dominii utilis et directi behauptet haben; daß

X. somit ebensowenig dem Beklagten anzusinnen ist, die gedachte hypothekarische Anlage ohne Einverleibung der betreffenden Hypotheken in den Lehnsverband zu gestatten, als Kläger, welche sich dessen weigern, befugt erscheinen, für die selbstverschuldete

Entbehrung des möglichen Zinsengenusses aus der deponirten Summe den Beklagten in Anspruch zu nehmen.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

— — Es ist der vorigen Entscheidung beizustimmen. Zunächst enthält II. F. 25, wenn man auch die gewöhnliche Deutung, daß die Worte „nummos in feudum dandos nummeret" nicht von einem Geldlehn, sondern von Geld, welches zu einem Lehn verwendet werden soll, zu verstehen seien, billigt, doch nichts positiv günstiges für die appellantische Ansicht; denn jene Worte geben durchaus keine Bestimmung über die objektive Beschaffenheit des zu erwerbenden Lehns.

Sodann ist die Ansicht, daß eigentlich nur Immobilien das wahre Lehnsobjekt bilden, eine irrige. II. F. 1 § 1 stellt in dieser Beziehung die Immobilien denjenigen Vermögensstücken, quae inter immobilia connumerantur, ganz gleich, und das deutsche Recht, welches hier insbesonders in Betracht kommt, kennt gleich bei der ersten Ausbildung des Lehnswesens neben den Lehnen in Grund und Boden auch in großer Fülle die Beleihung mit Gerechtsamen oder Gerechtigkeiten, d. h. solchen Rechten, welchen ihre Verbindung mit Grundstücken oder einer sich stets erneuernden Einwohnerschaft eine gewisse Gewähr der Dauer verleiht. Namentlich gehören die feuda annuae praestationis zu den ältesten dieser Art, denen sich dann wieder die Geldlehen oder das Recht, aus einem gehörig versicherten Kapital die Zinsen zu beziehen, angeschlossen haben. Alle diese Gegenstände erscheinen im Allgemeinen gleich geeignet, als Substrat einer Lehnsverbindung zu dienen.

— — — — Die Gesetze kennen den Grundsatz, daß das, in Stelle eines verloren gegangenen Lehns zu gebende oder anzuschaffende Gut dem Objekte nach jenem früheren gleichartig sein müsse, ganz und gar nicht. Im Falle einer Eviction braucht der entschädigende Herr nur ein Lehn von gleichem Werthe (ejusdem aestimationis II. F. 25; ejusdem bonitatis seu quantitatis II. F. 8 pr.) zu geben, nach der letzteren Stelle selbst dann, wenn er wußte, daß die verliehene Sache einem Dritten gehörte. Wenn also bei der stärksten Verpflichtung des einen Theils zur Entschädigung des anderen, wegen eines verloren gegangenen Lehns, doch

dem schadlos zu haltenden Theil kein Anspruch auf ein gleichartiges Lehnsobjekt zusteht, wie viel weniger dann, wenn die Entziehung keinem von beiden Theilen zugemessen werden kann. Jener von dem Beklagten aufgestellte Grundsatz entbehrt, gleichwie einer gesetzlichen Grundlage, so auch jeder Sicherheit und scharfen Begränzung in der praktischen Durchführung. Denn zwischen einer objektiven Gleichartigkeit im Allgemeinen, welche die nähere Beschaffenheit und Lage des Grundstücks gar nicht beachtend, dem Beklagten nicht genügt, einerseits und der denkbarsten Gleichartigkeit in concreto, welche er nicht verlangt, andererseits liegen ja zahlreiche und höchst verschiedenartige Mittelstufen, unter denen der Richter doch den rechten Grad der Gleichartigkeit nur in willkürlicher Weise ohne irgend festen Anhalt zu bestimmen vermöchte. Insbesondere kommt aber noch in Betracht, daß dem Vasallen kraft des dominii utilis der Besitz und volle Genuß des Lehns für sich und seine lehnsfähigen Nachkommen gebührt. Die nähere Weise aber des Besitzes und die Art der Benutzung hängt wesentlich von der Beschaffenheit des Lehnsgegenstandes ab. Handelt es sich also um die nähere Bestimmung des anzuschaffenden Lehns unter den überhaupt lehnsfähigen Objekten, so ist, beim Mangel einer gütlichen Einigung zwischen Lehnsherrn und Vasallen nach der Natur der Sache nur dem Vasallen, als dem vorwiegend Betheiligten, die entscheidende Stimme zuzubilligen. Denn diejenigen Rechte des Lehnsherrn, welche auf dem dauernden und ungeschmälerten Bestehn der Lehnssache beruhen, werden schon durch das Erforderniß der objektiven Lehnsfähigkeit, welche mit Rücksicht auf jene lehnsherrliche Rechte bemessen wird, gewahrt. Das besondere Interesse aber, welches der Lehnsherr für den Fall der Eröffnung an einer leichten und vortheilhaften Besitz- und Benutzungsweise haben kann, wird durch die Auswahl des Vasallen voraussichtlich in allen Fällen mit in Acht genommen, wo wie hier bei der großen Zahl der vasallitischen Lehnsinteressenten die Eröffnung in eine ganz ungewisse Ferne gerückt, der Vasall also darauf hingewiesen ist, seine Wahl auch zum Besten seiner Nachfolger für eine weite Zukunft hin zu treffen.

Geht nun der Antrag der klägerischen Vasallen auf Anlegung

der **pecunia feudalis** in ein Objekt, dessen Lehnsfähigkeit keinem Zweifel unterliegt, und hat noch der Richter für die Sicherheit des Lehnsherrn dadurch gesorgt, daß er die Anlegung in erste Hypotheken angeordnet, so liegt überhaupt kein rechtlicher Grund für den Beklagten vor, diese Art der Anlegung zu verweigern.

205. Zinsenanspruch.

Soviel zuvörderst die Frage anbetrifft, ob überhaupt Kläger für den Zinsenverlust, welcher bei fortdauerndem Widerspruche des Senats gegen jede andere Anlegung der fraglichen Expropriationsgelder, als in Grund und Boden aus deren Deposition für sie erwachsen sei, einen rechtsbegründeten Anspruch und zwar gerade wider die Lehnsherrschaft haben, so ist zwar

1. gelegentlich in den klägerischen Partheischriften von einer **mora** der Lehnsherrschaft, von Nichterfüllung einer ihr obgelegenen Verbindlichkeit, sowie von Contraventionen derselben und auch davon die Rede, daß die Stadt, welche eigentlich die Lehnsherrschaft sei, und nur auch in solchem Betracht von dem Hohen Senate vertreten werde, den Klägern die ihnen gebührenden Zinsen von dem Expropriationserlöse vorenthalten und selbst bezogen habe. Darnach gewinnt es denn im Beihalte des **principaliter** darauf gestellten Klagpetitums, den Senat für schuldig zu erkennen, „die Zinsen mit 5, wenigstens 4% und zwar von (näher angegebenen Tagen) ab zu vergüten," allerdings den Anschein, als werde die fragliche Forderung lediglich unter den Gesichtspunkt eines Zinsenanspruches gestellt und ob solchenfalls eine ausreichende **causa debendi** vorliege, mußte mehr als zweifelhaft erscheinen. Allein

2. nach dem ganzen Zusammenhange der Klagschrift, verbunden damit, daß das **petitum** derselben zugleich auf „Entschädigung **cum omni causa et interesse**" und darauf „allen Schaden zu vergüten" gestellt ist, sowie nach Inhalt der Replik und des klägerischen Libells voriger Instanz kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das eigentliche Fundament des hier fraglichen Anspruches nur darin gesetzt wird, es sei durch unbegründeten Widerspruch des Senats die zinsbare Anlegung der Expropriationsgelder behindert und verzögert, dadurch aber eine widerrechtliche Beschä-

digung den Klägern von Senats wegen zugefügt worden. Es handelt sich sonach hier lediglich um eine Schadensersatz-Forderung, wobei nur das verletzte Interesse und der erlittene Schaden nach den im Falle der Anlagegestattung zu gewärtigenden Zinsen berechnet ist und festgestellt werden soll. Von diesem Gesichtspunkte aus kann aber von materieller Grundlosigkeit des erhobenen Anspruches nach dem Resultate, zu welchem man bezüglich des sub Nr. 204 erörterten Hauptstreitpunktes gelangt, nicht die Rede sein. Denn wenn auch an sich selbst die gerichtliche Deposition jenes Expropriationserlöses — — nach Inhalt der Expropriations-Gesetzgebung und wegen der über die lehnsherrlichen Rechte an den fraglichen Geldern obwaltenden Differenzen durchaus gerechtfertigt erscheint, so hätte doch — — Seitens der Lehnsherrschaft dem klägerischen Antrage, das Depositum behufs geeigneter nutzbarer Anlegung für das Lehn verabfolgen zu lassen, kein Widerspruch entgegengestellt, vielmehr sofort — — gefügt werden sollen — — —. Die Fortdauer der Deposition erscheint daher allerdings als Rechtsverletzung und der hieraus für Kläger erwachsene Nachtheil als eine zu Ersatz berechtigende rechtswidrige Beschädigung.

206. Müssen sämmtliche Lehnsinteressenten dem Lehnsträger zur Vornahme einer Administrationshandlung Consens ertheilen?

In Bezug auf die in der vorigen Nummer ausgesprochene Zinsenvergütung läßt sich darauf kein, dem klägerischen Anspruche präjudicirliches Gewicht legen, daß erst im Laufe des jetzigen Prozesses die klägerische Sach- und Prozeß-Legitimation geordnet worden ist. Denn abgesehen davon, daß in solcher Richtung bei den außergerichtlichen Verhandlungen mit Hohem Senat gleichfalls keinerlei Anstand Seitens des Letzteren erhoben oder irgend ein Verlangen geäußert wurde, darf einerseits nicht unbeachtet bleiben, wie die zinsbare Wiederanlegung der Expropriationsgelder und die deßfallsige Verhandlung mit der Lehnsherrschaft doch nur Folge des Expropriationsprozesses war, in diesem aber Dr. Schulin als Vertreter und Sachführer der „gegenwärtigen Lehnsinteressenten" sich durch Vollmachten und durch ein „im Auftrage Hoher Senatsdeputation als Lehnshof" von der Stadtkanzlei ausgestelltes

Attest dergestalt ausgewiesen hatte und so unumwunden anerkannt worden war, daß eine weitere Bestreitung des Legitimationspunktes überall nicht von ihm gewärtigt werden konnte. Andererseits läßt es sich nicht bezweifeln, daß für einen Administrationsakt, wie ihn, abgesehen von dem deßfalls erwachsenen gegenwärtigen Prozesse und an sich, die Zinsbarmachung jener Gelder gewiß bildet, und daß ebenso für bloß außergerichtliche Verhandlung der Sache jedem Einzelnen der im Lehnsgenusse befindlichen und hiermit durch die unbegründete Fortdauer der Deposition in ihren persönlichen Rechten mitverletzten Interessenten und Familienglieder, sonach auch dem Lehnsträger zum Betrieb der Sache die Befugniß zugestanden werden müßte, den vom Lehnsgenusse ausgeschlossenen, bloß eventuell folgeberechtigten Angehörigen der vasallitischen Familie dagegen ein Recht des Consenses und der Concurrenz ganz zu versagen gewesen wäre, wonach denn der damalige Mangel einer von allen Lehnsinteressenten ausgegangenen Bevollmächtigung oder der von Einzelnen erhobene, ausdrückliche Protest, vom materiellen Gesichtspunkte aus die Sache betrachtet, die aus der unbegründeten Verweigerung hypothekarischer Geldanlage resultirende Entschädigungspflicht der Lehnsherrschaft nicht zu alteriren vermag.

207. Rechtskraft. Bei dilatorischen Einreden ist nachträgliche Erledigung mit rückwirkender Kraft verbunden.

Es entsteht freilich das formelle Bedenken in Betreff der (in den vorhergehenden Nummern besprochenen) Entschädigungsfrage, ob nicht dadurch, daß das Stadtgerichtserkenntniß die Kläger sub A verurtheilte „zu den von ihnen gestellten Anträgen die Zustimmung der im Lehnbriefe weiter genannten 27 Personen,“ also aller Lehnsinteressenten nachzuweisen, daß auch sub B nur „für den Fall der Erledigung der vorstehenden Auflage“ auf hypothekarische Anlegung der fraglichen Gelder, und dabei nur auf „gemeinschaftliche,“ auch bloß unter der Maßgabe erkannt worden ist, die Insätze als „dem Alt-Strahlenberger Lehn angehörig“ einzutragen, daß nun aber gegen alle diese Bestimmungen Kläger Beschwerdeführung theils überall nicht erhoben, theils nicht verfolgten, rechtskräftig und unabänderlich festgestellt sein möchte, es

sei Consens aller Betheiligten und Anerkennung der feudalen Qualität jener Gelder die Bedingung und Voraussetzung, unter welcher allein Anlegung der Gelder in Insätzen hätte verlangt werden können und vom Senate zu bewilligen gewesen wäre, also auch wegen deßfallsiger Weigerung eine Entschädigungspflicht eintreten könne. Allein zunächst ist doch

a. von den Klägern dawider, daß sie auf Ersatz der verlorenen Zinsen keinen Anspruch haben sollten, Beschwerde geführt, und insoweit, als ihre deßfallsige Abweisung gerade darauf gestützt ist, daß alle Lehnsinteressenten hätten zugezogen werden müssen und daß jenes Kapital feudaler Natur sei, diese Qualität auch hätte anerkannt werden müssen, wird daher eben auch diese letztere Entscheidung, weil das Element und Fundament des angegriffenen decisi bildend, für angefochten und von der Rechtskraft abgehalten zu erachten sein. Außerdem hat das Stadtgericht

b. jene Auflage zu Berichtigung der Aktiv-Sachlegitimation nur unter dem Präjudize gemacht, daß sonst die Klage angebrachter Maßen werde abgewiesen werden, jener Mangel also ganz von dem Gesichtspunkte einer bloß dilatorischen Einrede aus behandelt, bei welchem nachträgliche Erledigung mit rückwirkender Kraft verbunden ist. Auch ergeben

c. die Akten, aus welchen doch obgedachtes Decisum zu interpretiren wäre, nicht bloß, daß der Zinsenersatz-Forderung, wie sie überhaupt lediglich als Accessorium des Hauptantrags behandelt ist, mit keinem Wort in erster Instanz jener Mangel des Consenses aller Lehnsinteressenten opponirt wurde, sondern auch, daß die Aktiv-Legitimation des Lehnsträgers nur in formell-prozessualischem Betrachte und in der Richtung bestritten worden ist, es dürfte der gegenwärtige Prozeß, wenn nicht von allen Lehnsinteressenten geführt, an unheilbarer Nichtigkeit leiden.

Unter solchen Umständen ist denn dem nicht weiter angefochtenen Decisum sub A. sowohl an sich, als auch für das Decisum sub B. keine andere und weitere Bedeutung und Wirkung beizulegen, als daß die Beibringung der verlangten Consense zu einer formellen und prozessualischen Nothwendigkeit für Vollstreckung der gegen die Lehnsherrschaft ergangenen condemnatoria geworden

ist. Da es nun **durante processu** sowohl zur Vorlage der annoch für nothwendig erachteten Consens-Urkunden, als auch vorbehältlich bloß etwaiger **reformatoria** in jetziger Instanz bereits zur hypothekarischen Anlegung des Expropriationserlöses gekommen, auch Senatsseitig keinerlei Ausstellung gegen jene Consens-Urkunden in jetziger Instanz gemacht, noch eine etwaige Prüfung, resp. Verbesserung derselben vorbehalten ist, so kann das ganze Decisum **sub A.** als nunmehr erledigt angesehen werden und daraus dann keinerlei formelles Bedenken oder Hinderniß erwachsen, den, materiell **in jure et facto** wohlbegründeten Anspruch der Kläger auf Schadensersatz zu gerichtlicher Anerkennung gelangen zu lassen.

208. Zeitdauer und Betrag der Zinsenvergütung.

Anbelangend sodann den Zeitraum, für welchen, sowie den Betrag, zu welchem gedachter Schadensersatz zu gewähren sein würde, so konnte

1. in erster Beziehung zunächst

a. darüber kein Zweifel sein, daß über den 27. Juni 1853 hinaus, wo die durch Senats-Conclusum vom 16. **ejusd.** vorläufig erklärte Gestattung einer hypothekarischen Anlage des Geldes zu der Kläger Kenntniß kam, den Letzteren kein Ersatz gebühre, indem für den, nach Rücknahme des Widerspruches annoch aus der Aufsuchung passender Insätze unvermeidlich sich ergebenden, weiteren, übrigens nicht erheblichen Verzug den Senat verantwortlich zu machen, gar kein rechtlicher Grund erfindbar ist.

b. Für den Anfangspunkt dagegen konnte auf die Senatsseitig erfolgte Ablehnung der für die Kläger am 15. Oktober und am 6. **resp.** 17. November 1851 gestellten Anträge theils um deßwillen, weil darin nur Anlegung der Expropriationsgelder bei der Stadt selbst, wozu diese keinenfalls verbunden war, oder nur in städtischen Obligationen, deren Ankauf jetzt nicht mehr in Frage steht, beantragt war, theils aus dem Grunde kein Gewicht gelegt werden, weil diese Anträge theilweise nicht beigebracht sind, auch deren Inhalt nicht näher angegeben ist. Dahingegen hätte den am 8. 13. und 17. Dezember 1851 — gestellten Anträgen

des klägerischen Anwalts Senatsseitig um so mehr gefügt werden sollen, als hierin zur Sicherstellung der lehnsherrlichen Interessen ebenso umfängliche, als geeignete Maßregeln angeboten worden waren. Es hat daher, zumal die erstgedachte Eingabe auch eine Reihe von allem Anscheine nach ganz empfehlenswerthen Insatz-offerten aufführt, und eine damalige Berücksichtigung des wohl-begründeten Verlangens der Kläger sicherlich den von ihnen durch Zinsen-Einbuße erlittenen Schaden so gut, wie ganz abgewendet haben würde, kein Bedenken haben können, den Tag des auf obige Anträge ergangenen abschläglichen Senatsdekrets vom 23. Dezember 1851 als den Anfangstermin der Zeit festzuhalten, für welche den Klägern entsprechender Ersatz gebühre.

2. Für die Größe dieses Ersatzes konnte, da es sich nicht eigentlich um einen Zinsenanspruch, sondern nur um einen durch Zinsenverlust eingetretenen Schaden handelt, und da Kläger keineswegs zu freibeliebiger Benutzung der fraglichen Gelder berechtigt waren, auch blos hypothekarische Anlegung in ersten sichern Insätzen verlangt haben und, abgesehen von dem etwaigen Ankauf solider Staatseffekten, auch allein verlangen konnten, nur dies als entscheidend erachtet werden, zu welchem Zinsfuße es ohne den beklagtischen Widerspruch möglich gewesen sein dürfte, in obiger Weise den Expropriationserlös nutzbar zu machen.

Nun liegt allerdings weder in den Akten, noch anderweitig ein bestimmtes Zeugniß dafür vor, daß bei ersten Insätzen 3½ % der gewöhnliche Zinsfuß seien, und Kläger haben dies sogar bestritten. Allein theils haben doch Kläger, eigenem Anführen nach, in ihrem ersten, auf zinsbare Belassung der Gelder bei der Stadt gestellten Antrage selbst keinen höheren Zinsfuß als zu 3½ % in Anschlag gebracht, theils findet sich in der Eingabe vom 8. Dez. bei dem ersten der dort als in Aussicht stehend und als offerirt aufgezählten Insätze im Betrage von fl. — ausdrücklich bemerkt, es stünde derselbe zu 3½%. Endlich wäre es offenbar Sache der Kläger gewesen, ist aber weder geschehen, noch anerboten worden, näher zu begründen, daß der Zinsfuß von 4 % bei ersten Insätzen der gewöhnliche oder doch leicht zu erzielen sei, und konnte es daher kein Bedenken haben, ohne Weiteres zu dem beklagtischer Seits aner-

kannten Zinsfuße von $3\frac{1}{2}\%$ die Entschädigungsfrage zur definitiven Erledigung, wie geschehen, zu bringen.

209. Rechtskraft eines Zwischenbescheids.

Klägerischer Seits hat man darüber sich beschwert, daß die Kosten der Aktentransmission nicht dem Aerar auferlegt, mindestens nicht die deßfallsige Entscheidung nach dem Ausfalle der Hauptsache regulirt, vielmehr Kläger zur alleinigen Tragung der fraglichen Kosten verurtheilt seien. Insoweit kann aber die Beschwerdeführung der Kläger schon um deßwillen für begründet nicht erachtet werden, weil ihr Antrag auf Aktenversendung ex officio bereits durch das ihnen gehörig insinuirte Appellationsgerichtsdekret vom 6. Okt. 1852, gegen welches sie in keinerlei Weise remonstrirt haben, verworfen war, und der Umstand, daß der gleichfalls schon erledigte, mit jenem Gesuche zusammenhängende Recusationsantrag von der Facultät als noch in Frage stehend behandelt worden ist, weder die formelle Sachlage zu ändern vermag, noch überhaupt in Betracht kommen kann.

XCII.

P. aus Ruppertsheim, Klägerin

contra

B. dahier, Beklagten.

Der Beklagte gab der Klägerin und deren Ehemann zu wiederholten Malen Unterstützungen. Als nun Klägerin klageweise behauptete, daß Beklagter ihr eine monatliche Rente — versprochen habe, bewies Beklagter, den Grund der Klage in Abrede stellend, daß Klägerin sich in ihren Briefen an ihn auf keinen ihr zustehenden rechtlichen Anspruch bezogen, sondern sich stets nur an seine Mildthätigkeit gewandt habe. Das Stadtgericht erkannte am 24. Dez. 1852 auf Beweis. Auf Appellation des Beklagten wies das Appellationsgericht am 1. April 1853

die Klägerin mit ihrer Klage ab, verurtheilte dieselbe in die Kosten erster Instanz und verglich die Kosten zweiter Instanz. Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation der Klägerin vom Oberappellationsgericht am 21. Juli 1854 unter Verurtheilung derselben in die Kosten bestätigt.

XCIII.

Franz Carl H. dahier, Kläger

contra

dessen Ehefrau Catharina, geb. F., Beklagte.

Kläger behauptet zur Begründung seiner Ehescheidungsklage,

1. daß seine Ehefrau im Jahr 1850 mit dem Schauspieler E. und im Spätjahr und Winter $18^{51}/_{52}$ mit dem Schauspieler P. Ehebruch getrieben habe;

2. daß seine Ehefrau durch ihr rücksichtloses, leidenschaftliches Betragen ein friedliches Zusammenleben der beiden Ehegatten unmöglich mache. In der Replikschrift wird zur Emendation dieser Behauptung eine Mißhandlung, die Kläger von seiner Ehefrau erlitten habe, angeführt.

Beklagte schützt, bei negativer Streiteinlassung,

1. die Einrede der Verzeihung,

2. die Einrede der Compensation vor, indem Kläger ebenfalls durch die und die Handlungen die Ehe gebrochen habe.

Das Stadtgericht erkannte am 4. Juli 1853:

II. haben — zu beweisen

der Kläger:

1. daß die Beklagte die Ehe gebrochen habe,

2. daß, und welche harte Mißhandlung er von der Beklagten erlitten habe;

die Beklagte:

1. daß Kläger ihr den begangenen Ehebruch und resp. die zugefügte Mißhandlung verziehen habe;

2. daß Kläger die Ehe gebrochen habe.

III. Soll hiernach weitere Verfügung ergehen.

Auf beiderseitige Appellation wurde vorstehendes Urtheil vom Appellationsgericht am 16. Sept. 1854 unter Verurtheilung jeden Theils in die durch seine Beschwerdeführung entstandenen Kosten bestätigt.

Auf Oberappellation der Beklagten wurde vom Oberappellationsgericht am 21. Juli 1854 der dem Kläger sub 1 auferlegte Beweis auf die Behauptung 1 der obigen Geschichtserzählung beschränkt, auch die, wegen angeblich harter Mißhandlung, resp. deren Verzeihung dem Kläger sub 2 auferlegte und der Beklagte sub 1 nachgelassene Beweisführung nicht zugelassen. Die Beklagte wird in die Hälfte der in der vorigen Instanz durch ihre Beschwerdeführung entstandenen Kosten, sowie in die Hälfte der Kosten dieser Instanz verurtheilt; die andere Hälfte wird compensirt.

210. Begründung der Ehescheidungsklage aus dem Ehebruch. Einrede der Verzeihung.

Wenn Beklagte zu Rechtfertigung des Antrags, „daß es in aktenmäßiger Gewißheit stehe, daß Kläger seiner Frau den von ihr angeblich geübten Ehebruch verziehen habe," sich darauf stützt, es habe Kläger selbst nicht gewagt, direkt zu behaupten, daß er von dem seiner Frau vorgeworfenen unerlaubten Verkehr mit anderen Männern erst jetzt oder doch erst seit der im Juni 1852 erfolgten faktischen Trennung ihres ehelichen Zusammenlebens Kenntniß erhalten habe, so ist dagegen zu bemerken, daß eine derartige Angabe zur Begründung der Klage aus dem Ehebruche, für welche eben nur die in dem Ehebruche liegende Verletzung der ehelichen Treue das Fundament bildet, in keiner Weise gehört, und daß, wenn Kläger replicando die ihm opponirte, auf sein Verhalten gegen die Beklagte gestützte Einrede der Verzeihung durch den Einwand, erst hinterher von deren Vergehen Kunde erhalten zu haben, nicht angefochten hat, darum noch nicht die Einrede als zugestanden und keines Beweises weiter bedürftig zu erachten ist,

daß vielmehr, wo die Verzeihung des Ehebruchs aus dem gegen den schuldigen Theil noch nachher von Seiten des unschuldigen beobachteten Verhalten hergeleitet werden will, dies ein wesentliches Stück der Einrede selbst bildet, und daher von dem beklagten Theil erforderlichen Falles bewiesen werden muß, daß der klagende Ehegatte von dem Fehltritt damals schon Kenntniß gehabt habe.

211. Fassung der Beweisauflage in Ehescheidungsprozessen.

Es war der wegen Fassung des klägerischen Beweises gestellten Beschwerde Folge zu geben unvermeidlich. Zwar ist in Ehescheidungssachen eine so generelle Beweisauflage, als vorliegend erfolgt ist, in der Praxis häufig und wird man auch den Richter so wenig strikt an das Vorbringen der Partheien binden, als diese hinsichtlich neuer Thatsachen und ihrer Benutzung zu sehr beschränken dürfen, da für Trennung der Ehe überhaupt der Regel nach mehr das gesammte Verhalten des beklagten Theils, als einzelne Handlungen desselben maßgebend ist und namentlich bei Trennung wegen Ehebruchs fast immer die Beweisführung insofern eine künstliche ist, als aus verschiedenen faktischen Momenten auf derartige Verletzung ehelicher Treue geschlossen werden kann. Allein die Rücksicht auf das dem beklagten Theil zustehende Recht der Gegenbeweisführung, welche nur da gehörig vorbereitet werden kann und gesichert erscheint, wo von vorn herein sich erkennen läßt, auf welche speciellen Thatsachen sich der Hauptbeweis richten werde, muß doch dahin führen, wenigstens in den Fällen, wo im Laufe der Verhandlungen der angebliche Treubruch nach Ort, Zeit und Personen schon im Einzelnen specifizirt ist, auf das deßfallsige Vorbringen die Beweisauflage zu beschränken. Indem nun auch einestheils Klägers Vorgeben, bloß beispielsweise der Vorgänge, welche auf der von seiner Frau im Jahre 1850 mit dem Schauspieler E., im Winter $18^{51}/_{52}$ mit dem Schauspieler P. getriebenen Ehebruch sich bezögen, gedacht und zugleich für die spätere Zeit auf die Fortsetzung dieses ehebrecherischen Verkehrs sich gestützt zu haben, in der Fassung der Klagschrift nicht blos keine ausreichende Unterstützung findet, vielmehr deren ganzer Zusammenhang darauf hin-

weist, es habe Kläger durch die generelle Aeußerung daß rc. — — nur zu erkennen geben wollen, daß der deßfallsige Verkehr seiner Frau vor Allem die deutlichsten Indicien eines ehebrecherischen an sich trage, und indem anderntheils replicando nur von einem späteren brieflichen Verkehr der Beklagten mit jenem P. die Rede, auch ihres sonstigen Verkehrs mit Schauspielern nur in der Richtung gedacht ist, daß die zwischen solchen und ihrem Manne bestandenen geselligen Beziehungen ihr unangenehm gewesen waren, so mußte die Beibehaltung der ganz generellen stadtgerichtlichen Beweisauflage bedenklich, und deren Beschränkung wenigstens in dem Maße, wie gegenwärtig geschehen, räthlich erscheinen.

212. Harte Mißhandlung und grobe Beleidigung als Ehescheidungsgründe.

Nicht minder war die von der Beklagten wegen des ihrem Manne nachgelassenen Beweises, „daß und welche harte Mißhandlung er von der Beklagten erlitten habe", erhobene — Beschwerde für begründet zu erachten, und zwar diese ihrem prinzipalen, auf gänzlichen Wegfall der fraglichen Beweisführung gerichteten Theile nach. — — — In dieser Hinsicht kann einerseits dahingestellt bleiben, ob, was Kläger replicando über das zweite Fundament seiner Scheidungsklage vorgebracht hat, sowohl an sich gehörig substantiirt sei, als auch eine bloße Explikation des in der Klagschrift enthaltenen Vorbringens enthalte und zugleich für eine noch statthafte Emendation nach Ref. I, 17 § 4 u. 5 erachtet werden könnte. Andererseits erscheint es auch unnöthig, auf eine nähere Interpretation der im § 15 des Gesetzes über die bürgerliche Ehe vom 19. Nov. 1850 sub 8 enthaltenen Bestimmungen, namentlich darauf einzugehen, in welchem Verhältnisse die hier alternativ neben einander gestellten beiden Ehescheidungsgründe harter Mißhandlung und grober Beleidigung (von welchen übrigens Kläger replicando allein die letztere als das weitere Fundament seiner Klage in Bezug genommen hat) sowohl zu dem gemeinen Rechte, als zu einander stehen, und ob nach Fassung, wie bei der correktorischen Natur dieses Gesetzes außer der durch die

beigefügten Adjectiven „hart" und „grob" angedeuteten besonderen, gleichsam inneren Qualifikation der hier erwähnten Unrechtfertigkeiten, wegen des vom Gesetzgeber gebrauchten Plurals auch dies, daß solche mehrfach vorgekommen seien, in beiden Fällen und bei bloßen Injurien außerdem noch eine gewisse Continuität, nämlich ein fortgesetztes derartiges Verhalten des einen gegen den andern Ehegatten, als unerläßlich zu gelten habe. Denn welcher Ansicht man auch in allen diesen Richtungen sein möchte, so wird doch bei Anwendung des Gesetzes immer, namentlich über das Vorhandensein jener besonderen Qualifikation dem richterlichen Arbitrium ein freier Spielraum bleiben müssen und wird noch weniger in concreto, selbst bei Zugrundlegung der dem Kläger günstigsten Interpretation des Gesetzes sowohl, wie seines faktischen Vorbringens, darüber irgend ein Zweifel obwalten können, daß alles dasjenige, was in der Klagschrift und Replik über das Gesammtverhalten der Beklagten gegen ihren Mann erwähnt ist, — — — nicht einmal unter die Kategorie „fortgesetzter grober Beleidigungen" gestellt, geschweige denn als „harte Mißhandlung" anerkannt zu werden vermöchte, mithin eine Ehescheidung zu rechtfertigen nicht geeignet ist, und sonach auch Gegenstand einer voraussichtlich völlig überflüssigen Beweisführung nicht werden kann und darf.

XCIV.

Leopold Friedrich Beyer dahier, Kläger

contra

Anton Abt und dessen Ehefrau Anna Margaretha, geb. Abt dahier, Beklagte.

Durch Stadtgerichtsdekret vom 10. August 1853 hatte Kläger zu beweisen, „daß der von ihm mit den Beklagten geschlossene Kaufvertrag auf das ganze Grundstück Gew. 11. Nr. 105 im Flächengehalt von 37 Ruthen 29 Schuh sich erstrecke" und

durch Appellationsgerichtsdekret vom 14. Oktober 1853 mit vorstehendem Beweissatze elektiv, „daß Beklagte ihm einen Flächengehalt von 37 Ruthen 29 Schuh verkauft haben.“

Kläger trat diesen Beweis unter Anderem dadurch an, daß er Quittung des Beklagten, in welchem derselbe „für das verkaufte Grundstück“ den Empfang des Kaufpreises bescheinigte, und einen ihm von dem Beklagten behändigten Lagerbuchauszug, in welchem das ganze Grundstück mit einem Flächengehalt von 37 Ruthen 29 Schuh angegeben ist, producirte. Kläger verlangte ein Gutachten der Ackergeschwornen darüber, ob nicht aus dem Inhalt beider Urkunden in Verbindung mit dem feststehenden Umstande, daß das fragliche Grundstück nicht parcellirt, — daß dasselbe nur mit einer einzigen Nummer bezeichnet und den Beklagten auch nur als ein einziges Ganze in den Lagerbüchern zugeschrieben ist, anzunehmen sei und in Fällen dieser Art in dem Verkehr stets angenommen werde, daß das ganze Grundstück dem Verkäufer verkauft worden sei.

Die Beklagten behaupteten, der Lagerbuchauszug sei dem Kläger nicht zum Behufe der Bezeichnung des Kaufobjekts, sondern zu dem Zwecke übergeben worden, durch den Geometer den verkauften Theil desselben ausmessen zu lassen, und bestritten die Zulässigkeit eines Expertenbeweises.

Das Stadtgericht erkannte am 8. Februar 1854:

I. die von dem Kläger beantragte Expertise findet nicht Statt;

III. die Kosten der heutigen Verhandlung hat Producent zu tragen.

Auf Appellation des Klägers wurde dieses Urtheil unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze bestätigt

vom Appellationsgericht am 11. April 1854,

vom Oberappellationsgericht am 7. Sept. 1854.

213. Unzulässigkeit des Sachverständigenbeweis.

Was die erste und Hauptbeschwerde des Klägers anlangt, daß er nicht mit dem Antrage auf Anordnung einer Begutachtung der von ihm näher angegebenen Frage und zwar einer Begutachtung

durch die Feldgeschwornen, zugelassen worden sei, so stehen derselben folgende Gründe entgegen:

1. der Kläger beantragt, daß der Inhalt der Anlage 1 und 2 — der Quittung über den Empfang des Kaufpreises für das verkaufte Grundstück und des Auszuges aus dem Lagerbuche — in Verbindung mit dem Umstande, daß die von ihm in Anspruch genommene Liegenschaft, unparcellirt, mit einer Nummer in der öffentlichen Buchführung aufgeführt sei, der anzuordnenden Begutachtung zum Grunde gelegt werde, weil seiner Ansicht nach in Fällen solcher Art in dem Verkehr stets angenommen werde, daß das ganze Grundstück des Verkäufers den Gegenstand des Contraktes bilde. Allein es würde, wie bereits vom Stadtgerichte hervorgehoben worden ist, unthunlich sein, den Inhalt der Anl. 2 als einer von den Beklagten dem Kläger zur Bezeichnung des verkauften Grundstückes zugestellten Urkunde bei der fraglichen Begutachtung zu berücksichtigen. Die Partheien weichen nämlich über den Zweck, welcher mit der Hingabe jener Urkunde verbunden gewesen ist, von einander ab. Während der Kläger behauptet, der Auszug aus dem Lagerbuche sei ihm zugestellt worden, als „Beleg darüber, wie das erkaufte Grundstück bezeichnet sei und welchen Flächeninhalt es habe," erklären die Beklagten, daß die Hingabe geschehen sei „zum Zwecke der Behändigung an den Geometer Hartmann, welcher das verkaufte Grundstück ausmessen und aussteinen solle." Unter diesen Umständen hätte erst, nachdem dieser Widerspruch der Partheien und zwar zu Gunsten des Klägers gelöst worden, von einer Zugrundelegung des Lagerbuchauszuges bei der fraglichen Begutachtung die Rede sein können, während doch auf eine Feststellung jenes Punktes weder vom Stadtgerichte eingegangen, noch auch vom Kläger, sei es in erster Instanz, sei es mittelst einer in zweiter Instanz gestellten Beschwerde hingewirkt worden ist. Allein auch abgesehen hiervon würde

2. die nach der Ansicht des Klägers zur sachkundigen Begutachtung zu verstellende Frage keineswegs als für diese letztere geeignet angesehen werden können. Es handelt sich nämlich um die Auslegung der Erklärungen und Handlungen, welche bei Gele-

genheit des unter den Partheien abgeschlossenen Contraktes vorgekommen sind, mithin um einen Gegenstand, dessen Beurtheilung keinerlei technische oder anderweitige Kenntnisse voraussetzte, welche nicht ohnehin bei dem Richter vorhanden wären. Im Gegentheile ist die in Betracht kommende Frage recht eigentlich eine solche, welche der Sphäre richterlicher Reflexion und Entscheidung angehört. Auch kann dem Kläger nicht etwa darin beigepflichtet werden, wenn er von gewohnheitsrechtlichen Normen redet, auf welche hier Rücksicht zu nehmen wäre, indem ein Gewohnheitsrecht hier völlig außer Frage steht.

Wenn nach dem Vorbemerkten die Beurtheilung der Frage, welche rechtlichen Folgen aus dem Wortlaute der dem Kläger von dem Beklagten zugestellten Empfangsbescheinigung und dem Umstande, daß das auf Anlage 2 bezeichnete Grundstück unparcellirt im Lagerbuche protocollirt ist, lediglich dem nach geschehener Zeugenvernehmung abzugebenden Erkenntnisse vorbehalten bleiben mußte, dagegen von einer Zulassung Sachkundiger in vorliegender Sache völlig abzusehen war, so kommt es auf die Frage, ob die Feldgeschwornen die geeigneten Personen zur gutachtlichen Vernehmung gewesen sein würden, nicht mehr an.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

1. überall nicht feststeht, zu welchem Behufe die Anlage Ziffer 2 dem Kläger von den Beklagten übergeben worden sei und daher schon deßhalb keiner der beiden, dem Kläger alternativ obliegenden Beweise den Gegenstand einer Expertise in der von dem Kläger beabsichtigten Weise abzugeben geeignet ist.

Das Appellationsgericht erkannte:

In Erwägung, daß die Frage, welche — den Ackergeschwornen zum Gutachten vorgelegt werden soll, mehr eine Rechtsfrage, als eine solche Frage ist, welche durch Sachverständige beantwortet werden kann —, daß die Acker- oder Feldgeschwornen nach ihrer Instruktion zu Ausstellung derartiger Gutachten nicht berufen sind, — daß wenn man über diese Frage Sachverständige zulassen wollte, solche nicht in den Feldgeschwornen bestehen könnten, sondern jedem Theile die Benennung eines Sachverständigen und dem Gerichte die Wahl eines Dritten überlassen werden müßte, —

daß aber auch selbst dann, wenn ein bejahendes Gutachten der Feldgeschwornen oder sonstiger Experten erfolgen sollte, dieses zu Erbringung eines oder des andern Beweises, wie solche durch Interlocute vom 10. August und 14. Okt. 1853 normirt worden, nichts releviren würde — erscheint die Beschwerde ungegründet.

XCV.

Feist Emden und Sohn dahier, Kläger
contra
M. A. von Rothschild u. Söhne dahier, Beklagten.
Appell. III.

Es handelt sich gegenwärtig um die Feststellung der Entschädigungen, die die Beklagten wegen der in Nr. IV. mitgetheilten Verurtheilung zur Herausgabe von Bankpromessen zu leisten haben. Kläger verlangen

1. Vergütung, resp. Herauszahlung der von der Bank bezahlten Superdividende sammt Verzugszinsen;

2. Verzinsung des Geldes, welches sie seit der Klage für den Fall, daß die Beklagten die Promessen herausgeben würden, stets zur Einlösung derselben haben bereit halten müssen.

Die Beklagten bestreiten beides und machen jedenfalls compensando die Kosten, die ihnen aus der Einlösung der fraglichen Promessen von der Bank erwachsen sind, und Honorirung ihrer Bemühung geltend.

Das Stadtgericht erkannte am 6. Juni 1853:

I. Kläger werden mit dem Anspruch oben ad 2 abgewiesen.

II. Beklagte sind schuldig den Klägern

1. für die jeweilen von der Bank gezahlten Superdividenden und für die 5 % Zinsen hieraus bis zum 9. März 1853 den Betrag von fl. —, sowie

2. weitere Zinsen zu 5 % aus dem Gesammtbetrage der Superdividenden seit dem 9. März 1853, unter Abzug

a. von Zinsen zu 2 % aus der ersten Einzahlung in den Bankfond von fl. — seit dem 1. bis zum 10. August 1846;

b. von Zinsen zu 5 % aus der ersten Einzahlung in den Reservefond von fl. — seit dem 1. bis 10. August 1846 und

c. von ⅓ per Ct. der ganzen ersten Einzahlungsrate mit fl. — binnen 14 Tagen zu entrichten, auch drei Viertel der Kosten des dermaligen Verfahrens zu ersetzen, sie könnten denn, was den in der Condemnationssumme enthaltenen, noch streitigen Betrag von fl. — anbelangt, binnen gleicher Frist — — rechtsgenügend darthun,

a. daß sie in Betreff der an die Bank geleisteten Einzahlungen ½ % Wechsel-Cours-Agio und 1 per mille Courtage verauslagt haben;

b. daß die Kläger, wenn sie die auf die erste Einzahlung gefolgten weiteren Einzahlungen selbst geleistet hätten, für diese letzteren die vorbemerkten Auslagen ebenfalls zu tragen, ⅓ per Ct. Remittirungsprovision zu vergüten gehabt hätten, worauf sowohl in der Hauptsache wegen des vorerwähnten Betrags, als wegen der Kosten anderweite rechtliche Verfügung erfolgen soll.

Auf beiderseitige Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten der Kläger bestätigte das Spruchcollegium zu Halle am 1. Februar 1854 das erstinstanzliche Urtheil, verurtheilte jeden Theil in die durch seine Beschwerdeführung entstandenen Kosten und compensirte die Kosten der Aktenversendung.

Auf Oberappellation der Beklagten und Antrag von Aktenversendung von Seiten der Kläger erkannte das Spruchcollegium zu Bonn am 30. Sept. 1854, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten, bestätigend, nur wurden die Kosten der Aktenversendung in voriger Instanz den Klägern zu erstatten aufgegeben. Dasselbe war bei den Aktenversendungskosten der dritten Instanz der Fall.

214. Schadensersatz. Verzugszinsen.

Anlangend die Verpflichtung, von den in Rede stehenden Superdividenden Verzugszinsen, beginnend mit den respektiven Empfangstagen, zu entrichten, so kann dieselbe aus dem von den Beklagten dagegen angeführten Grunde, daß man vom Schadensersatze keine Zinsen zu zahlen brauche, nicht bestritten werden, weil es sich nämlich in casu nicht von dem Ersatze des in Gelde anzuschlagenden Werths des Klageobjekts, sondern von Accessionen handelt, durch welche der Werth des Klageobjekts selbst nach bereits angestellter Klage vergrößert worden war.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

2. die von der Bank ausgezahlten Superdividenden jedenfalls den Beklagten gegenüber nicht als von der Verzinsung ausgeschlossene Erträgnisse, sondern lediglich als von den Beklagten für die Kläger in Empfang genommene, und denselben zu restituirende Gelder zu betrachten sind; daß

3. die Beklagten von diesen Beträgen sowohl wegen der mora solvendi, worin sie durch die Klage versetzt worden, als wegen ihrer rechtlichen Verpflichtung zum Ersatz alles dessen, was ohne ihr vertragswidriges Verfahren die Kläger hätten erzielen können, denselben 5 % Zinsen zu vergüten haben.

215. Ist bei der negotiorum gestio das Geschäft aus Gewinnsucht und bloß um eignen Vortheils willen besorgt worden, so fällt der Entschädigungsanspruch des Geschäftsführers hinweg. (Werden Verzugszinsen durch das bloße Zahlungsanbieten gehemmt?)

Auch die zweite Beschwerde der Beklagten, welche darin besteht, daß ihre Gegenforderungen von Wechselcours-Agio, Courtage und Remittirungsprovision von einem ihrerseits noch zu führenden Beweise abhängig gemacht und nicht vielmehr pure zugesprochen, oder doch dem klagenden Handlungshause ein deßfallsiger Replikenbeweis auferlegt worden, entbehrt der rechtlichen Begründung. Es steht nämlich in facto unzweifelhaft fest, daß die beklagte Handlung, indem sie die Einlösung der in Rede stehenden Aktien-Promessen, resp. Aktien-Documente bewirkte, nicht im Interesse der Kläger, sondern lediglich ihres eigenen Vor-

theils wegen zu handeln intendirte: sie kann daher nach der ganz klaren Bestimmung der auch in dem Urtheile a quo bezogenen L. 6 § 3 D. de neg. gest. sogar ihre wirklichen Auslagen nicht schlechthin, sondern nur insofern zurückverlangen, als sich sonst die Kläger mit ihrem Schaden bereichern würden. Derselbe Rechtsgrundsatz beseitigt aber auch die dritte Beschwerde in Betreff der aberkannten Zinsen von den zu dem Bankfonds geleisteten Einzahlungen.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

6. was den von den Beklagten geltend gemachten Abzug von

a. $1/_2$ per Ct. Wechselcours-Agio für die zum Behufe der Einzahlungen remittirten Sichtwechsel, einschließlich des del Credere,

b. von 1 per mille Courtage und

c. einer Remittirungsprovision von $1/_3$ per Ct.

im Gesammtbetrag von fl. — anbelangt, zwar die von den Beklagten angesprochene Remittirungsprovision von $1/_3$ per Ct. als unter Kaufleuten üblich anzusehen und überdies von den Klägern wegen der im Jahr 1835 für die ursprünglichen Bankaktien stattgehabten ersten Einzahlung den Beklagten vergütet worden ist; daß

7. Kläger aber in der Replik nicht nur die Auslagen unter 6 a. u. b. in Abrede gestellt, sondern auch weiter bestritten haben, daß ihnen diese Auslagen und die unter 6 c. erwähnte Provision für die auf die erste Einzahlung gefolgten ferneren Einzahlungen zur Last gefallen wären, wenn sie die letzteren auf den Grund der ihr zu verabfolgen gewesenen ersten Aktienpromessen selbst hätten leisten können, wonach dann die Beklagten, welche diese Einzahlungen ohne Auftrag der Kläger, und sogar wider deren Willen gemacht, und daher nur insoweit zu dem erhobenen Anspruch berechtigt wären, als die Kläger sich sonst zu ihrem Nachtheil bereichern würden, sowohl die angegebenen Auslagen, als den vorerwähnten, von den Klägern ebenfalls verabredeten Umstande zu beweisen haben werden; daß

8. Beklagte aus den von ihnen geleisteten, jeweiligen Einzahlungen in den Bankfond und überdies aus denen in den Reservefond der Bank Zinsen zu 5%, abzüglich der ihnen von der Bank vergüteten Zinsen in Anspruch nehmen, wogegen ihnen von

den Klägern nur die für die zum Bankfond eingezahlten Beträge vergüteten 3% Zinsen zugestanden werden; daß

9. dieser Anspruch der Beklagten auf weitere Zinsen zu 2% für die zum Bankfond gezahlten Beträge, sowie von 5% für die von der Bank nicht verzinsten, zum Reservefond gezahlten Beträge, in Ansehung der späteren Einzahlungen nicht aus dem zwischen beiden Theilen bestandenen Mandatsverhältniß hergeleitet werden kann, da solches sich nur auf die von den Beklagten zu leisten gewesene erste Einzahlung bezogen hat; daß

10. wenn der beklagte Theil, wie er eventuell behauptet, rücksichtlich der weiteren Einzahlungen als negotiorum gestor der Kläger zu betrachten wäre, seinem fraglichen Anspruch ebensowenig die für die negotiorum gestio geltenden rechtlichen Grundsätze zur Seite stehen würden, weil der negotiorum gestor von da an, wo der dominus negotii die Geschäftsführung untersagt, keine Ansprüche aus solcher erhält, vorliegend aber die Kläger dieses Verbot durch ihre auf Herausgabe der von den Beklagten eingezahlten ersten Aktienpromessen gerichteten Klage implicite ausgesprochen haben, indem sie durch dieselbe zu erkennen gaben, daß die von dem Besitzer der ersten Aktienpromessen zu geschehenden weiteren Einzahlungen nicht von den Beklagten, sondern von ihnen selbst geleistet werden sollten, und daß

11. schon überhaupt die Verbindlichkeit des Schuldners zur Vergütung nicht vertragsmäßiger Zinsen mit dem Zeitpunkt aufhört, wo derselbe den Gläubiger durch das wenngleich erst mit der Klage gemachte Anerbieten des Schuldbetrags in moram accipiendi versetzt hat, — dieses aber in dem gegenwärtigen Falle rücksichtlich der Erstattung der von den Beklagten für die Kläger gezahlten ersten Rate durch die gegen die Beklagten angestellte und denselben am 10. Aug. 1846 insinuirte Klage geschehen ist, wonach denn auch den Beklagten von der vorgedachten Summe 2%, beziehungsweise 5% Zinsen nur seit dem 1. bis 10. Aug. 1846 gebühren.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

— — In Betreff der 2. beklagtischen Beschwerde bildet die Bereicherung den Rechtsgrund des Anspruches und muß daher von den Beklagten bewiesen werden. Daß sie nur wirklich ge-

machte Auslagen ersetzt verlangen können, — nicht solche, die sie nur üblicher Weise hätten machen können, versteht sich von selbst. Daß die sententia a qua bei der Remittirungsprovision in Betreff der ersten Promesseneinlösung die notorische Ueblichkeit für genügend erachtet hat, gibt keine Consequenzen für die anderen Forderungen, weil jene Provision von den Klägern bereits bei dem früheren Geschäft im Jahr 1835 wirklich bezahlt war.

Etwas zweifelhafter ist die dritte Beschwerde. Die Beklagten haben von den Klägern 5% Zinsen für die sämmtlichen Summen verlangt, die sie für die Einlösung der verschiedenen Aktienpromessen verauslagt haben, weil jeder Mandatar und negotiorum gestor nicht nur den Ersatz, sondern auch die Verzinsung seiner Auslagen vom dominus und zwar ohne Rücksicht auf mora desselben verlangen könne. Die Kläger haben auf diesen Grund hin den Beklagten die 3% Zinsen, die die Beklagten von den Promessen als regelmäßige Dividende eingezogen haben, überlassen, weigern sich aber, den Beklagten höhere Zinsen anzurechnen. Die Beklagten haben diese 3% in Abrechnung angenommen, fordern aber noch 2% nach und für die zum Reservefond der Bank gezahlten Summen, da diese von der Bank gar nicht verzinst werden, die vollen 5%. Die sententia hat diese Forderung für die Zeit von der ersten Promesseneinlösung an bis zur Insinuation der Klage d. h. vom 1 — 10 August 1846 zuerkannt, weil Beklagte diese Einlösung ex mandato vorgenommen hätten, für die ganze spätere Zeit hat sie die Forderung dagegen abgewiesen, theils weil durch die Klage nicht nur das Mandat aufgekündigt sei, sondern zugleich auch jede negotiorum gestio verboten sei und dann die Verzinsung wegfalle, theils weil die Kläger mit der Klage den Beklagten den Ersatz des Auslagekapitals angeboten und die Beklagten damit in mora accipiendi versetzt hätten und bei allen, „nicht vertragsmäßigen" Zinsen die Zinspflicht durch die mora accipiendi des Gläubigers aufgehoben werde.

Dieser letzte Grund ist nun sehr zweifelhaft und wohl nicht haltbar. Nach der Behauptung von

Glück Commentar Bd. IV. p. 420.

ist es nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis herge-

brachte Ansicht, daß der Lauf aller Zinsen, mit Ausnahme der durch sogenannte mora ex persona begründeten, durch bloße Anbietung des Kapitals nicht aufgehoben werde, sondern daß dazu Obsignation und gerichtliche Deposition nothwendig sei. Manche neuere Rechtslehrer, wie z. B.

Göschen Civilr. Bd. 2. Abth. 2. p. 146

gehen sogar noch weiter und nehmen nicht einmal bei jenen Verzugszinsen die bloße Anbietung als genügend an. Nun kann man zwar die Ansicht, daß bei wirklichen Verzugszinsen, mag die mora ex persona oder ex re sein, gerichtliche Deposition zur Aufhebung des Zinsenlaufes nothwendig sei, als durch

v. Madai Lehre von der mora p. 500. ff.

widerlegt ansehen, allein den Verzugszinsen alle anderen gesetzlichen, oder gar, wie die sententia a qua thut, alle nicht vertragsmäßigen Zinsen in dieser Beziehung gleichzustellen, ist jedenfalls unrichtig, da wenigstens für die gesetzliche Zinspflicht des Vormundes gegen den Pflegling in

L. 28 § 1 D. de administr. tut. (26, 7)
L. 1 § 3 D. de usur. (22, 1)

die bloße Oblation ausdrücklich für ungenügend erklärt und Obsignation und Deposition gefordert ist:

„ . . . non sufficit obtulisse (pecuniam), nisi et deposuit obsignatam tuto in loco“.

Die Analogie von dieser Bestimmung auf die gesetzliche Zinspflicht des dominus bei mandatum und negotiorum gestio, sowie überhaupt die anderen Fälle der gesetzlichen Zinsen liegt aber offenbar sehr nahe, da bei ihnen der Grund der purgatio morae, der bei den Verzugszinsen die Aufhebung durch die bloße Oblation begründet, wegfällt.

Indessen bedarf es dieser ganzen Frage nach der Aufhebung der Zinspflicht der Kläger im vorliegenden Falle gar nicht, da man vielmehr die Entstehung derselben vom Anfange an verwerfen muß. Es ist unrichtig, wenn die sententia a qua annimmt, daß die Beklagten wenigstens die erste Promessenzahlung ex mandato vorgenommen haben. Allerdings hatten die Kläger — bei den Beklagten angefragt, ob sie die ihr zukommenden Promessen bei

den Beklagten oder in München beziehen sollten, und unzweifelhaft lag darin eine Ermächtigung für die Beklagten, die Promessen für die Kläger einzuziehen, also allerdings ein Mandat; allein ebenso unzweifelhaft ist es, daß die Beklagten dieses Mandat nicht angenommen haben, da sie die Promesseneinlösung zwar vorgenommen haben, aber ganz entschieden nicht für die Kläger auf Grund deren Mandats und in deren Interesse, sondern lediglich für sich selber in ihrem eigenen Interesse und mit Verwerfung der Ansprüche und der Ermächtigung der Kläger.

Nun versteht es sich aber von selber, daß ein Mandatsverhältniß mit seinen Folgen als Vertragsverhältniß nicht schon durch den einseitigen Auftrag entsteht, sondern daß die Annahme des Auftrags von dem Beauftragten und seine Absicht als Mandatar für den Anderen zu handeln, gerade ebenso wesentlich für die Entstehung eines wirklichen Mandatsverhältnisses und der darin begründeten Verpflichtungen des Mandanten ist. Wer nach erhaltenem, aber nicht angenommenem Mandate die fraglichen fremden Geschäfte lediglich zu eigenem Gewinne vornimmt, kann, wenn sich die Sache nachher anders wendet, nicht auf einmal wieder nachträglich und rückwärts sich als Mandatar geriren und dessen Rechte sich aneignen, vielmehr gilt für ihn ganz und gar der Ausspruch der Quellen — — —:

> si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa . . . si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem
>
> L. 6 § 3 D. de negot. gest. (3, 5).

Dieses Verhältniß, daß die Beklagten nicht contemplatione der Kläger, sondern lediglich sui lucri causa handelten, liegt hier vom Anfange an bei der ersten Promesseneinlösung um nichts weniger, als bei der zweiten bis fünften vor, und darum können die Beklagten auch bei der ersten, wie bei der letzten nicht schlechthin ihre Auslagen mit Zinsen ersetzt verlangen, sondern sind durchweg auf die Bereicherung der Kläger beschränkt. In Betreff der Zinsen der ausgelegten Kapitalien würde nun aber die Bereiche-

rung der Kläger eben nur in dem Bezuge der von der Bank gezahlten 3% Zinsen haben bestehen können. Indem die Kläger daher diese Zinsen den Beklagten von vornen herein überlassen haben, haben sie auf die ganze Bereicherung verzichtet und damit auch den Beklagten jeden Anspruch in Betreff der Zinsen abgeschnitten.

216. Kosten der Aktenversendung.

Es erscheint die fernere Beschwerde, darin bestehend, daß die Kosten der Aktenversendung in voriger Instanz von beiden Partheien zu gleichen Theilen getragen werden sollen, und nicht vielmehr ausschließlich den Klägern, welche allein auf Aktenversendung angetragen hatten, zur Last gelegt worden, allerdings durch die Bestimmungen der § 62—67 des Gesetzes vom 7. Nov. 1848 gerechtfertigt. Da sich aber — die eingewandte Oberappellation in allen sonstigen Beziehungen als ungegründet darstellt, auch die Oberappellaten erklärt haben, daß sie ihrerseits, wenn die Beschwerdeführung der Gegner sich auf die Kostenvertheilung der Aktenversendung beschränkt hätte, diese Kosten ohne Weiteres allein übernommen haben würden, so mußte die hiernach eintretende verhältnißmäßig unbedeutende Abänderung des Urtheils a quo auf den Kostenpunkt gegenwärtiger Instanz ohne Einfluß bleiben.

XCVI.

Der Verwaltungsrath der Frankfurt-Hanauer Eisenbahn-Gesellschaft dahier, Kläger

contra

das Pflegamt des Hospitals zum Heiligen Geist dahier, Beklagten.

Das Enteignungsgesetz vom 22. Juni 1847 schreibt ein abgekürztes Verfahren vor, um baldmöglichst dem Enteigner den Besitz der entäußerten Güterstücke zu gewähren: alle in diesem Vor-

verfahren entstandenen Beschwerden, die sich zu einem Rechtsmittel eignen würden, werden in ein ordentliches Verfahren verwiesen. „In diesem Verfahren" schreibt der § 35 des cit. Gesetzes vor, „kann eine nochmalige richterliche Prüfung derjenigen Taxation, auf welche das Entäußerungserkenntniß (d. h. das Urtheil in dem abgekürzten Verfahren) erfolgte, und welche hierbei als die erste Taxation anzusehen ist, von jedem der streitenden Theile veranlaßt und durch Urtheil eine wiederholte oder zweite Schätzung verordnet werden. Dies ist insbesondere dann zulässig, wenn die Schätzungsangaben der vorhandenen Taxation nach dem Ermessen des Gerichtes wesentlich von einander abweichen. Aus dem nämlichen Grunde kann auch eine dritte Schätzung vorgenommen werden."

In dem von beiden Partheien eingeleiteten ordentlichen Verfahren war

1. der Feldwerth der zu dem Bau der Eisenbahn verwendeten Grundstücke zu ermitteln,

2. die Frage zu entscheiden, ob einzelnen Güterstücken Bauplatzqualität beizulegen wäre, und welchen Werth dieselben als Bauplätze hätten,

3. den Minderwerth der dem Beklagten verbleibenden Parcellen im Einzelnen und in Bezug auf das Pachtgut im Ganzen festzustellen.

Die drei zugezogenen Feldverständigen gaben ein gemeinsames Gutachten ab, drei ernannte Bauverständige waren in Betreff des Preises der Bauplätze, wie des Minderwerthes einig, nur bestimmten zwei von ihnen die Bauplatzqualität auf so und soviel Schuh von der Landstraße, während der dritte eine andere Schuhzahl festsetzte.

Das Stadtgericht erkannte am 23. Mai 1853, daß es bei den betreffenden Gutachten sein Bewenden habe, indem in Bezug auf die von den Bauverständigen abgegebene Begutachtung, Stimmenmehrheit entscheide, und gab dem Stadtgeometer auf, die zur Festsetzung des Enteignungspreises nach der übereinstimmenden Expertise der zwei Bauverständigen nothwendigen Vermessungen vorzunehmen.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 19. Aug. 1853 unter Kostencompensation, daß eine dritte Taxation, resp. Begutachtung Bauverständiger vorzunehmen sei. Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation des Klägers unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatze vom Oberappellationsgericht am 30. Sept. 1854 bestätigt.

217. Uebereinstimmendes zweites Gutachten der Experten nach dem Entäußerungsgesetz vom 22. Juni 1847.

Es ist das von den Feldverständigen abgegebene Gutachten sowohl seiner Begründung nach, wie in Betreff der Taxsumme ein einstimmiges, sonach schon dies entscheidend, daß die Voraussetzung, unter welcher allein, nach dem völlig klaren, ohne allen Grund klägerischer Seits angezweifelten Wortlaute, Sinne und Zusammenhange des § 35 des Expropriationsgesetzes vom Jahre 1847 eine dritte Taxation soll Statt finden können, hier überall nicht vorhanden ist, — eine Abweichung nämlich „der Schätzungsangaben der einzelnen Sachverständigen von einander" und zwar eine „nach dem Ermessen des Gerichts wesentliche", daher es denn auch näheren Eingehens auf den Grund oder Ungrund der beklagtischen Bemerkung, es sei bei Uebereinstimmung der zweiten Taxation nach bisheriger Frankfurter Praxis noch niemals eine dritte zugelassen worden, so wenig bedarf, als des Hinweises darauf, daß nach

Bender Handbuch des Frankf. Civilproz. § 78 sub 1 not. 2 in fin.

selbst eine zweite nicht leicht bei Einstimmigkeit der erst hinzugezogenen Schätzer Platz greifen soll. Sodann aber sind auch alle die Ausstellungen, welche man klägerischer Seits gegen das fragliche Gutachten, theils um dessen gänzliche Verwerflichkeit zu deduziren, theils um die Nothwendigkeit nachträglicher besserer Motivirung desselben darzulegen, vorgebracht hat, entweder in faktischer Beziehung für ganz grundlos und auf Mißverstand, resp. Mißdeutung beruhend zu erachten, oder doch nicht für so erheblich zu halten, daß darauf hin, trotz Uebereinstimmung der Sachverständigen, eine neue Expertise sich rechtfertigen ließe.

Das Stadtgericht erkannte:

Da das Gutachten der Sachverständigen nach Form und Inhalt den gesetzlichen Vorschriften entspricht und auf der übereinstimmenden Meinung der Aussteller beruht, so muß dasselbe als maßgebend bei der Beurtheilung der gegenseitigen Ansprüche der Partheien in Betracht kommen.

Das Appellationsgericht erkannte:

Die erste Beschwerde ist insofern ungegründet, als die gänzliche Verwerfung des von den Feldverständigen erstatteten Gutachtens beantragt wird, da dieses Gutachten abgesehen davon, daß die drei Experten über die Bestimmung des Werthes sowohl der in die Bahn fallenden Stücke, als des Minderwerths der übrigbleibenden Stücke einverstanden sind, (in welchem Falle nach § 35 des Expropriationsgesetzes vom 22. Juni 1847 ohnehin keine dritte Schätzung Statt findet), gehörig motivirt, auch in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden ist. Wenn aber die erste Beschwerde eventuell auch dahin lautet, „daß den genannten Sachverständigen ein nachträgliches, motivirtes Gutachten über den Werth des Geländes Gew. — Nr. — in seiner gegenwärtigen Benutzung stehenden Beschaffenheit als Ackerland und den Nachtheil, welchen die verbleibenden Parcellen im einzelnen, und das Gut im Ganzen erleiden, aufgegeben werde", so liegt dazu kein Grund vor. Abgesehen davon, daß das Gutachten erschöpfend ist, würde selbst dann, wenn die Motivirung erfolgen sollte, welches voraussichtlich kein anderes Resultat liefern würde, vielmehr nur Veranlassung zu neuen Weiterungen in dieser — Klagsache zur Folge haben würde, die Zulassung einer nochmaligen Taxation des Feldwerths nicht zur Folge haben können.

218. Verschiedene Gutachten der Sachverständigen in Betreff der Bauplatz-Qualität eines enteigneten Grundstückes.

Für zweifelhaft könnte es erachtet werden, ob die Gutachten der Bauverständigen mit Recht von dem Appellationsgericht gänzlich bei Seite gesetzt worden seien, und ob wirklich zu einer dritten Expertise durch neue Sachverständige theils die Präjudizialfrage wegen Bauplatz-Qualität, theils die Grund- und

Minderwerths-Schätzung der für Bauplätze erklärten Parcellen zu verstellen war. Denn wie

1. eine Uebereinstimmung zwischen den deßfallsigen Anträgen beider Partheien — angenommen auch, daß dies allein schon entscheidend wäre — insofern doch eigentlich nicht vorlag, weil zwar beklagtischer Seits eine vollständige neue Expertise und zwar principaliter verlangt war, dagegen klagende Eisenbahn-Gesellschaft nur die Minderwerths-Taxe als einer Wiederholung bedürftig, und zwar bloß eventualissime, bezeichnet hatte, so ließe sich auch wohl

2. Manches dafür sagen, daß die Gutachten von zwei Bauverständigen einer-, und von dem dritten andererseits in zu vielen Punkten — — — mit einander übereinstimmten, um eine wesentliche Abweichung in den Schätzungsangaben hier anzunehmen. Auf der andern Seite könnte nicht bloß

3. das Bedenken entstehen, ob das Resultat, zu welchem die Experten gelangen, — — — mit ausreichender Sicherheit aus demjenigen folge, was dieselben zur Motivirung ihres Gutachtens theils über die Voraussetzungen, unter welchen überhaupt Bauplatz-Qualität einem Grundstücke zuzusprechen sei, theils über die Beschaffenheit des hier fraglichen Areals und über die Verwendbarkeit der hier in Rede stehenden Flurgegend zu städtischen Zwekken selbst bemerkt haben, sondern es stellt sich auch

4. dies als ein nicht zweifelloser Punkt dar, ob, davon ausgegangen, daß eine wesentliche Divergenz nicht vorliege, in Betreff der Frage, in welchem Maße die Bauplatzqualität anzunehmen und die hieraus nach den anderweiten Schätzungsangaben sich für das Pflegamt ergebende Grund- und Minderwerths-Entschädigung zu bestimmen sei, lediglich die Majorität, wie im Stadtgerichts-Erkenntnisse geschehen, entscheide, sonach das dritte Gutachten ganz unberücksicht bleiben müsse, oder ob etwa, da zwischen den beiderseitigen Gutachten doch nur darüber eine quantitative Differenz besteht, bis zu welchem Flächengehalt das an der Chaussee angrenzende Areal Bauplatz-Qualität habe und per Morgen zu fl. — Grund-, und fl. — Minderwerth zu taxiren sei, es statthaft und angemessen sein würde, von der bei Zugrundelegung der von

zwei Bauverständigen übereinstimmend ausgesprochenen Ansicht sich ergebenden Entschädigung, und von demjenigen Betrage, welcher nach Maßgabe des dritten Gutachtens dem Pflegamte zukäme, die Durchschnittssumme zu ziehen und diese als den, wegen angeblicher Bauplatz-Qualität an Grund- und Minderwerth dem Pflegamt gebührenden Ersatz zu betrachten.

Indessen dürfen alle vorstehend berührten Bedenken auf sich beruhen bleiben, weil

5. die formelle Sachlage unvermeidlich zu einer Renovation der ganzen Expertise durch andere Bauverständige führt. Herstellung nämlich des stadtgerichtlichen Erkenntnisses ist so wenig vom Appellanten in jetziger Instanz beantragt, als irgend welche andere Entscheidung, welche auf Grund, und nach Maßgabe der von den Bauverständigen vorgenommenen Expertise die definitive Erledigung der streitigen Bauplatzfrage entweder alsbald bewirkte, oder doch mittelbar herbeiführte, vielmehr ist Appellant damit einverstanden, daß eine Retaxation eintrete, und will nur auf Ermittelung des Minderwerths solche beschränkt wissen.

Es würde also einerseits, wollte man schlechthin und in allen Richtungen an obenerwähnter Expertise festhalten, die daraufhin erfolgende Entscheidung **ultra** und **citra petitum** ergehen oder gar als unzulässige **reformatio in pejus** aufgefaßt werden können. Andererseits ist zwar vom Beklagten die angebliche Praxis nicht ausreichend belegt, welche dafür bestehen soll, daß, wenn auch nur hinsichtlich der Minderwerthstaxe eine wesentliche Abweichung bestehe, immer eine ganz neue und niemals eine bloß partielle Retaxation angeordnet werde. Als sachentsprechend aber wird dies allerdings anerkannt werden müssen. Denn nicht bloß darf es überhaupt bedenklich erscheinen, Gutachten, welche doch stets als ein in sich abgeschlossenes Ganze aufgefaßt werden müssen, je nach den einzelnen Momenten, in welchen sich eine conforme oder difforme Ansicht ihrer Urheber kund gibt oder deduciren läßt, zu zerstückeln und zu gleicher Zeit als übereinstimmend aufrecht zu erhalten, wie als divergirend bei Seite zu setzen. Vollends aber stehen die Fragen, welchen Werth ein Grundstück nach seiner ursprünglichen Totalität und Verwendbarkeit gehabt habe, und

inwiefern, resp. wie hoch sich eine Werthsminderung theils aus der Trennung in einzelne Parcellen, theils aus einer in Folge hiervon eintretenden Unmöglichkeit ergebe, in dem früheren Maße fernerweit das eine oder andere Stück zu benutzen, in einem viel zu engen Zusammenhange, als daß über jede derselben das Gutachten anderer Personen dem Richter eine verläßliche Norm darbieten könnte. Und nicht minder hängt die Entscheidung über die Werthsfrage überhaupt so sehr von der Ansicht über die Beschaffenheit und Verwendbarkeit der Sache ab, daß von einem Experten die Taxation von Grundstücken, welchen ein Anderer die Bauplatz-Qualität zugesprochen hätte, er selbst aber nicht beilegen zu können vermeinte, oder wo das umgekehrte Verhältniß einträte, weder billiger Weise verlangt, noch in verläßlichem Maße erwartet werden kann.

Es war daher bei der vom Appellationsgericht angeordneten neuen Taxation der Bauverständigen zu belassen.

Das Stadtgericht erkannte:

3. Ueber die Frage, ob die Grundstücke Gew. — Nr. — als Bauplätze zu betrachten sind, ist ein einstimmiges Gutachten der Bauverständigen nicht zu Stande gekommen. Darin sind zwar die bauverständigen Schätzer einig, daß nicht dem ganzen Umfang jener Grundstücke, sondern nur dem — — Theile derselben Bauplatzwerth beizulegen sei. Allein während zwei von ihnen diesem Theile eine Tiefe von — geben, nimmt der dritte eine Tiefe von — als Grundlage der zu bewirkenden Ausmessung an. Da es sich nun hier zunächst nicht um eine Schätzung handelt, sondern um die Begutachtung der Frage, ob ein bestimmtes Grundstück Bauplatz sei oder nicht, so ist im vorliegenden Falle keine Durchschnittsberechnung anzuwenden, welche ohnehin bei der Verschiedenheit der gegebenen Grundlage unausführbar sein würde, sondern es muß die Stimmenmehrheit entscheiden. Demnach ist nunmehr unter Zugrundlegung der von den beiden ersteren Bauverständigen angegebenen Tiefe durch Ausmessung des Stadtgeometers zu ermitteln, welchen Flächengehalt — — — — (die verschiedenen Räume haben. Ist dies geschehen) — so kann die Größe des für das hier n Rede stehende Gelände zu zahlenden Entschädigungsbetrags

durch Berechnung gefunden werden; denn der Werth des Bauplatzes wird von den drei Bauverständigen übereinstimmend auf fl. — per Morgen angeschlagen und auch über die Größe der Werthverminderung des zurückbleibenden Grundstückes ist keine Meinungsverschiedenheit unter den Schätzern.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

Nach dem § 35 des Expropriationsgesetzes vom 22. Juni 1847 findet zwar eine dritte Taxation nur dann Statt, wenn die Schätzungsangaben der vorhandenen Taxation nach dem Ermessen des Gerichts wesentlich von einander abweichen. Nun sind zwar die Bauverständigen darin einverstanden, daß der Morgen zu fl. — angeschlagen wird, dagegen weichen sie in zwei Punkten von einander ab. — — Diese Schätzungsangaben sind als wesentlich von einander abweichend zu erkennen und sonach eine dritte Schätzung, jedoch nicht bloß des Minderwerths, zulässig.

XCVII.

Seligmann Loeb Bergen dahier, Kläger
contra
Simon Samuel Haas dahier, Beklagten.

Kläger producirt zwei Schuldbekenntnisse, in welchen Beklagter versprochen habe, zwei Beträge von fl. — — und zwar den einen in drei Terminen, zurückzuzahlen, sobald es seine Vermögensverhältnisse erlaubten. Beklagter opponirt

1. die Einrede der verfrühten Klage, indem eines Theiles seine Vermögensverhältnisse die Rückzahlung noch nicht erlaubten, anderen Theiles der letzte Termin des einen eingeklagten Betrages noch nicht fällig sei (vergl. oben p. 48. p. 155).

2. Die Einrede, daß der eine Betrag, welcher eine Schuldforderung des Jacob Simon Cahn an den Haas sen. betroffen habe und welchen Kläger für den letzteren bezahlt, er, Beklagter, jedoch nur an Kläger zurückzuzahlen versprochen habe, mit nur

fl. — an Cahn abgefunden worden sei. Replicando gibt Kläger diese Abfindung zu, behauptet jedoch, daß die Abfindungssumme fl. 20 mehr betragen habe, als Kläger angegeben habe.

Das Stadtgericht verurtheilte am 2. Februar 1853 den Beklagten zur Zahlung der libellirten Beträge, soweit er selbst die vom Kläger geschehene Abtragung zugegeben habe und ließ dem Kläger in Betreff der oben erwähnten fl. 20 Beweis nach.

Auf beiderseitige Appellation bestätigte das Appellationsgericht am 15. April 1853 das erstinstanzliche Erkenntniß, jeden Theil in die durch seine Beschwerdeführung entstandenen Kosten verurtheilend.

Auf beiderseitige Oberappellation machte das Oberappellationsgericht am 7. Oktober 1854 die Zahlung des im stadtgerichtlichen Bescheide ausgesprochenen Betrags von dem Beweise des Klägers abhängig, daß

1. der Beklagte so viel an Aktivvermögen besitze, daß er nach Abzug des für seinen und der Seinigen Lebensunterhalt Erforderlichen die beiden Beträge zu zahlen im Stande sei und

2. daß er die Schuld an Jacob Simon Cahn mit fl. 20 mehr, als Beklagter angebe, abgefunden habe.

Die Entscheidung über die Kosten erster Instanz bleibt bis zum Definitiverkenntniß ausgesetzt. Die Kosten der klägerischen Appellation voriger, so wie die Hälfte gegenwärtiger Instanz sind vom Kläger zu tragen, wogegen die übrigen Kosten beider Instanzen compensirt werden.

219. Fidejussio indemnitatis.

Die erste klägerische Beschwerde betrifft die Verwerfung desjenigen Theils der eingeklagten Forderung von fl. —, welcher den von dem Kläger in Beziehung auf das Cahn'sche Schuldverhältniß geständlich nur verausgabten Betrag von fl. — übersteigt. Nun führt die Natur des zwischen den Partheien eingegangenen, diesen Gegenstand betreffenden Verhältnisses darauf hin, daß der Kläger ein Mehreres, als den wirklich aufgewendeten Betrag zu fordern nicht berechtigt sein kann. Es lag nämlich eine fidejussio indemnitatis vor. Der Beklagte sagte dem Kläger Vergütung für

den Verlust zu, welchen dieser bei und durch Uebernahme der Schuld des Haas sen. an Cahn erleiden würde. Dies wurde in die Form einer Bürgschaft oder insofern der Kläger als Intercedent für den Hauptschuldner auftrat, einer Rückbürgschaft eingekleidet, speciell in diejenige eines mandatum tertii gratiam. Nun hat aber der Rückbürge oder Mandant dem Bürgen oder Mandatar nur für die bei Ausführung des betreffenden Geschäfts wirklich gemachten Aufwendungen aufzukommen und diese belaufen sich im vorliegenden Falle nicht höher, als auf fl. —

Das Argument des Klägers, daß er doch den vollen Betrag der eingeklagten fl. — dann würde in Anspruch nehmen können, falls er jene gesammte Summe oder das Mehr als fl. — von dem Inhaber der von ihm ausgestellten Obligationen schenkungsweise erworben haben und in Folge dieser Schenkung der Zahlungspflicht gänzlich oder theilweise enthoben worden sein sollte, ist hier uneinwendbar, weil eine Schenkung, welche übrigens, um im vorliegenden Falle von Relevanz zu sein, dem Kläger zu dessen alleinigen Gunsten hätte gemacht sein müssen, — nicht behauptet worden ist, im Gegentheil nichts weiter als die Thatsache vorliegt, daß die in Rede stehenden Obligationen mittelst eines geringeren Belaufs, als deren Nominalbetrag ausmachte, eingelöst worden sind.

Auf das aus dem Vorstehenden sich ergebende Resultat führt auch die Wortfassung des vom Beklagten in Betreff der Cahn'schen fl. — ausgestellten Verpflichtungsdokuments hin. Der vorbemerkte von Haas sen. an Cahn geschuldete Belauf sollte in drei aufeinander folgenden Jahren terminlich abgetragen werden. Der Kläger übernahm diese Abtragung als eigene Schuld und der Beklagte verpflichtete sich dagegen, ihm die Abtragung „zurückzuzahlen". Die Wahl dieses Ausdrucks läßt keinen Zweifel darüber, daß der Beklagte, erst nachdem der Kläger in Folge seiner gegen Cahn übernommenen Verbindlichkeit gezahlt haben würde, und zwar nur so weit, als die Zahlung gereicht hätte, Rembours habe leisten wollen und sollen.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

4. der Kläger, welcher replicando zugibt, die Cahn'sche

Forderung von fl. — um einen geringeren Betrag gänzlich abgefunden zu haben, die Rückerstattung eines Mehreren nicht verlangen kann und im Uebrigen als auf Erstattung seiner Auslagen klagender Mandatar den Beweis übernehmen muß, daß er zur Abfindung — — fl. 20 mehr, als Beklagter zugibt, bezahlt habe.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus, daß

A. sich die Abweisung der Klage bis zu dem bezahlten Betrage von fl. — ausreichend rechtfertigt, indem Kläger, welcher seine Klage lediglich auf die von dem Beklagten übernommenen Verbindlichkeiten gegründet hat, sich jedenfalls, mag er nun einerseits als Bürge oder als Constituent, andererseits als Mandatar oder **negotiorum gestor** für den Beklagten gezahlt haben, an denselben immer nur in dem Maße regressiren kann, als er selbst gezahlt hat.

220. Zum Klaggrund gehörige Thatsachen.

Unbegründet ist die auf die Beweislast in Betreff der Differenz von fl. 20 sich beziehende Beschwerde. Denn da zufolge der vorstehenden Nummer dem Kläger in Betreff der fl. — nur insoweit ein Anspruch an den Beklagten zusteht, als er jenen Belauf gänzlich oder theilweise gezahlt haben sollte, so ist die Behauptung des Beklagten, daß der Kläger die Einlösung der drei über die genannte Summe ausgestellten Obligationen mittelst fl. 20 weniger, als Kläger angibt, keine Einrede, sondern ein Läugnen eines Theils des Klaggrundes und hieraus ergibt sich von selbst, daß der Kläger in Betreff der in Rede stehenden fl. 20 für beweispflichtig zu erachten ist.

221. Klausel „sobald es meine Vermögensverhältnisse erlauben".

Die Gründe, auf welche die vom Beklagten angefochtenen Entscheidungen gestützt sind, können nicht als ausreichend betrachtet werden. Gesetzt es wäre richtig, daß das Versprechen der Zahlung „sobald es meine Vermögensverhältnisse erlauben", als ein lediglich in die Willkür des Schuldners gestelltes zu betrachten sei, so würde hieraus nicht folgen, daß die hier in Rede stehende Beschränkung der beklagtischen Forderung nicht zu beachten sei,

sondern es würde dann überhaupt keine beklagtische Verbindlichkeit angenommen werden können. Der Beklagte hat sich nämlich von Anfang an nur in der angegebenen beschränkten Weise verpflichtet und die von ihm eingegangene Verbindlichkeit bildet mit dem in Rede stehenden Passus ein Ganzes, mithin würde unter der oben gemachten Voraussetzung, nach dem in der

L. 108 § 1 D. de verb. obl. (45, 1)

ausgesprochenen allgemeinen Principe das vorbezeichnete Resultat gänzlicher Abweisung des Klägers eintreten müssen.

Allein das in Rede stehende Versprechen kann weder als ein völlig in die Willkür des Schuldners gestelltes, noch auch als ein so vages angesehen werden, daß es keinen Anhalt zur Beweisverstellung darböte.

Der Inhalt beider Verpflichtungsdokumente enthält einen wohl zu erfassenden rechtlichen Sinn, der den Umständen, unter welchen dieselben ausgestellt worden sind, entspricht. Es handelte sich um Verbindlichkeiten des Vaters des Beklagten, die den Letztern freilich rechtlich nichts angingen, in Betreff deren er gleichwohl — wie aus der beiderseitigen Darstellung erhellt — beihelfend und seinen Vater erleichternd aufzutreten sich veranlaßt fand. Daß der Beklagte schon damals, als dies geschah, im Dezember 1850, genügende Mittel besessen habe, um die fl. —, um welche es sich damals handelte, zu zahlen, kann den Umständen nach nicht angenommen werden. Demnach lag es nahe, daß die Intercession für den Vater des Beklagten in solcher Weise von Letzterem geschah, wie sie in den Verpflichtungsscheinen vorliegt, nämlich daß der Beklagte freilich die Haftungspflicht unbedingt für den Fall seines Ablebens, im Uebrigen aber sich — — nur auf die Zeit verpflichte, wenn er die Zahlung, ohne hierdurch eigenen Verbindlichkeiten gegen Andere oder seiner und der Seinigen Existenz zu nahe zu treten, würde leisten können. Der Ausdruck dieser bedingt ertheilten Verpflichtung ist in den Worten „sobald es meine Vermögensverhältnisse erlauben u. s. w." zu erblicken. Der Beklagte, welcher nicht etwa die Verpflichtung übernahm, „zu zahlen, soweit seine Vermögensverhältnisse es erlauben würden", sondern nur „sobald dies geschehe", war deßhalb nicht eher in Anspruch

zu nehmen, als bis die ausgesprochene Bedingung existent geworden war, und da er diesen Umstand in Abrede gestellt hat, so mußte dem Kläger, welcher übrigens in der Klagschrift die Behauptung aufgestellt hat, daß die Vermögensverhältnisse des Beklagten seine, des Klägers, Befriedigung recht wohl gestatteten, den Beweis des betreffenden Faktums aufgelegt werden.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

2. der Einwand des Beklagten, seine Vermögensverhältnisse erlaubten die Rückzahlung noch nicht, in dem Executionsverfahren seine Erledigung finden wird, den Kläger aber, zumal nach Ablauf mehrerer Jahre seit ausgestellter Schuldurkunde, an Erhebung der Klage nicht hindern kann.

Das Appellationsgericht erkannte:

Wenn der Beklagte — sich um deßwillen beschwert erachtet, weil die von ihm — — — vorgeschützte Einrede der verfrühten Klage verworfen worden sei, so ist diese Beschwerde ungegründet, denn das Versprechen der Zahlung, resp. Zurückzahlung „sobald es meine Vermögensverhältnisse erlauben", ist, wenn es nicht als ein lediglich in die Willkür des Schuldners gestelltes und darum hier überall nicht zu beachtendes betrachtet werden will, ein so vages, selbst jeden Anhalts zu einer Beweisverstellung entbehrendes, daß sich die Beantwortung der Frage, ob dieser Moment dermalen eingetreten sei oder nicht, schließlich allerdings nur von einem Versuch der Execution erwarten läßt, zumal der Kläger mit Anstellung der Klage auf Zahlung eine billige Zeit zugewartet hat.

XCVIII.

Jacob Steinhäuser III. zu Butzbach, Kläger
contra
Johann Simon Kitz und dessen Ehefrau Anna Elis., vorher verehelichte Steinhäuser, Testamentserben dahier, Beklagte.

(Vergl. Nr. LX. und Nr. LXXVI.)

Der in Nr. LX. dem Kläger auferlegte Beweis, sowie der Gegen- und Einredebeweis der Beklagten wurde durch Zeugen und eventueller Delation des Schiedseides angetreten. Das Stadtgericht erkannte am 26. April 1854:

1. daß in Betreff des Klaganspruchs 3 (cf Nr. LX) der Gegenbeweis erbracht, daher Kläger mit diesem Anspruche ab und zur Ruhe gewiesen werde,

2. daß in Betreff der Klagansprüche (ibidem) 1 u. 2 Beklagte den Reinigungseid und zwar in der Form eines Glaubenseides zu schwören hätten.

Auf Appellation des Klägers wurde unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatz dieses Urtheil bestätigt:

vom Appellationsgericht am 19. Juni 1854.

vom Oberappellationsgericht am 26. Okt. 1854.

222. Beweiskraft discursiver Aeußerungen, deren Veranlassung unaufgehellt bleibt.

Die Mängel, Abweichungen und Ungewißheiten (der Zeugenaussagen*)) machen es sehr zweifelhaft, daß die Zeugen, von denen Keiner der Gegenwart der Uebrigen gedenkt und die näheren Um-

*) Die Zeugen stimmten in einzelnen Umständen, unter denen der Schenkung gedacht sein soll, nicht überein.

stände, unter denen jene Worte (daß Frau Kitz — jährlich eine Summe schenke) gesprochen sind, anzugeben vermocht hat, über denselben Thatumstand aussagen, nämlich über das von der Kitz dem Steinhäuser in dem zum Beweis verstellten Umfang ertheilte Versprechen. Hätte man dieselben aber — — als einzelne Zeugnisse über außergerichtliche Geständnisse der Kitz in Ansehung jenes Versprechens aufzufassen, so kann, abgesehen von der Singularität der Zeugen, derartigen discursiven Aeußerungen, deren Veranlassung unaufgehellt blieb, keine volle Beweiskraft in Ansehung der rechtlichen Verpflichtungen beigemessen werden, auf welche jene Aeußerungen sich beziehen. Ueberdies ist der Inhalt jener Geständnisse nicht hinlänglich gleichförmig, um einen sichern Schluß auf den Inhalt des Versprechens zu rechtfertigen.

XCIX.

Gebhard und Hauck dahier, Kläger

contra

Bernhard Berle zu Wiesbaden, Beklagten.

In einer Klagsache des Bernhard Berle gegen die Handlung Gebhard u. Hauck erhob die letztere widerklagend gegen den ersteren einen Anspruch daraus, daß die Handlung Marcus Berle, deren Verpflichtungen Bernhard Berle als solidarisch verhafteter Theilhaber zu vertreten habe, den Handelsmann Haßloch als einen soliden Mann zur Anknüpfung von Bankgeschäften empfohlen habe und demgemäß für denjenigen Saldo aufzukommen habe, welcher durch die Haßloch'sche Conkursmasse ungedeckt geblieben sei. Auf den Einwand des damaligen Widerbeklagten, daß die Widerkläger dem Haßloch einen Credit über das ursprüngliche Limito bewilligt hätten, wurde replicando geltend gemacht, daß die Erweiterung des Credits durch Marcus Berle selbst vermittelt worden sei, — derselbe zudem dabei dolos

verfahren sei. Aus formellen Gründen wurde diese Widerklage verworfen.

Gebhard u. Hauck traten nun, während der ursprüngliche Prozeß sich im Beweisverfahren befand, mit einer Nachklage gegen die Theilhaber der Handlung Marcus Berle auf, die jedoch rechtskräftig nur gegen Bernhard Berle zugelassen wurde. Kläger begründen die actio doli durch die Behauptung, daß sie vom Beklagten, welcher ihnen den Buchhändler J. J. Haßloch als soliden Mann empfohlen und den darauf mit demselben angeknüpften Geschäftsverkehr vermittelt habe, zum weitern Creditgeben an ihn veranlaßt worden seien, als der Beklagte dessen Insolvenz bereits gekannt habe. Der Geschäftsverkehr habe darin bestanden, daß die Kläger seit dem Jahre 1840 regelmäßig drei Monat Tratten, welche Haßloch an die Ordre des Beklagten auf sie zog, acceptirt, beim Verfall derselben Deckung durch den Beklagten erhalten hätten und darauf die Ausstellung und Acceptation von neuen Tratten gleichen Betrags erfolgt sei, sowie daß der auf diese Weise gewährte Credit sich anfangs auf die Summe von fl. — beschränkt habe, später durch Bestellung einer Generalhypothek von Seiten des Haßloch erhöht worden und im Februar 1842 durch Hinzukommen eines Accreditivs von Seiten der Haßloch'schen Schwester bis zu fl. — gestiegen sei. Im Februar 1843 sei die Deckung der acceptirten Tratten ausgeblieben und im Juli 1843 Haßloch in Concurs gerathen.

Die in der Replik vorgenommene in Nr. 223 thatsächlich begründete Klagverbesserung gab Veranlassung, daß das Stadtgericht am 1. April 1853 die Kläger mit ihrer Klage unter Verurtheilung zum Kostenersatze ab- und zur Ruhe wies.

Auf Appellation der Kläger änderte das Appellationsgericht am 13. Juni 1853 unter Kostencompensation diese definitive Abweisung in eine Abweisung angebrachter Maßen. Auf Oberappellation der Kläger erkannte das Oberappellationsgericht am 30. Okt. 1854 unter Aussetzung der Kosten 1. Instanz, unter Compensation der Kosten 2. und 3. Instanz, daß die Klage, soweit sie die Crediterweiterung von fl. — übersteigt, angebrachter Maßen abzuweisen sei, im Uebrigen aber Kläger zu be-

weisen schuldig seien, „daß die Handlung Marcus Berle im Frühjahr 1842, ungeachtet ihr damals die Insolvenz des ꝛc. Haßloch dortselbst bekannt gewesen, die Kläger durch Behändigung des von den Haßloch'schen Schwestern unter dem 18. Febr. 1842 ausgestellten Accreditivs zur Acceptation zweier — — — Wechsel im Betrag der Crediterweiterung von fl. — bewogen habe.

223. Thatsächliche Begründung der actio doli.

Es ist eine zweifache Auffassung des in der Geschichtserzählung vorgetragenen Rechtsverhältnisses denkbar. Es konnte sich so verhalten, daß die Kläger, wenn sie vom Beklagten die Deckung für die früheren Tratten erhalten hatten, durch Acceptation der ferneren Tratten jedesmal eine neue Verbindlichkeit contrahirten. Diese von Zeit zu Zeit sich wiederholende Erneuerung der Verbindlichkeit würde dann — — geschehen sein, im Vertrauen theils auf den Empfehlungsbrief des Beklagten, theils auf seine fortwährende werkthätige Vermittelung sowohl bei dem Geschäftsverkehr und dessen Erweiterung überhaupt, als bei Besorgung der jedesmaligen Deckung. Wenn unter solchen Umständen der Beklagte bei der letzten Erneuerung den Klägern absichtlich die eingetretene Insolvenz des Haßloch verschwiegen hätte, so würde darin ein Grund zur Haftung des Beklagten für den ganzen Verlust der Kläger zu finden sein. Die zweite Auffassung ist die, daß die Kläger durch ihr successiv sich wiederholendes Accept nicht jedes Mal ein neues Obligo übernahmen, sondern eine und dieselbe fortlaufende Verbindlichkeit bestand, welche nur immer gegen beschaffte Deckung auf abermalige 3 Monate prolongirt wurde, und daß man den materiell dahin gerichteten Zweck in die juristische Form der Ausstellung neuer Tratten und neuen Acceptes kleidete. Nach dieser Auffassung würde ein erst im Februar 1843 vom Beklagten begangener dolus der bezeichneten Art rechtlich unerheblich sein, indem dadurch nicht das Obligo der Kläger selbst begründet, sondern nur eine dreimonatliche Prolongation desselben veranlaßt worden sein könnte. Daß aber schon in dieser Verlängerung allein eine Ursache des klägerischen Verlustes liege, haben die Kläger durch Berufung darauf, daß Haßloch, wenn er im Februar

1843 mit wechselrechtlichem Regreß bedrängt worden wäre, wohl noch Mittel zur Deckung gefunden haben würde, vergeblich zu begründen gesucht. Denn wenn Haßloch damals wirklich insolvent war, so hätte er die Kläger doch nur mit Beeinträchtigung der Rechte seiner übrigen Gläubiger befriedigen können; es hätte daher den Klägern nicht ein rechtlicher Grund, vermöge dessen sie bestimmt auf ihre Befriedigung rechnen durften, zur Seite gestanden, sondern nur eine völlig unsichere faktische Möglichkeit der Abwendung ihres Verlustes vorgelegen. Eine solche kann aber nicht berücksichtigt werden, während die Behauptung, daß in der Zwischenzeit vom Februar 1843 bis zum Ausbruch des Concurses das Aktivvermögen des Haßloch eine Verminderung erlitten habe, wodurch die Befriedigung der Kläger geschmälert worden sei, von ihnen gar nicht aufgestellt worden ist.

In dem — Klaglibell ist nun unverkennbar die erste der beiden obigen Auffassungen zu Grunde gelegt. In der Replikschrift dagegen kommen die Kläger auf eine erst im Februar 1843 thatsächlich geübte Arglist des Beklagten nicht wieder zurück, sondern stellen Alles auf die Behauptung eines von ihm im Frühjahr 1842 bei der Crediterweiterung begangenen dolus, und legen Nachdruck darauf, daß dieser dolus bis zum Abbruch des Geschäftsverkehrs im Jahr 1843 fortgewirkt habe. Daraus ergibt sich aber, daß die Kläger sich nunmehr die zweite der obigen Auffassungen haben aneignen wollen, und es ist nur eine Inconsequenz, wenn sie — — — nur eventuell ihren Anspruch auf die nach der replikarischen Darstellung allein mögliche Summe von fl. —, als den Betrag der Crediterweiterung vom Frühjahr 1842, beschränken.

Wenn es hiernach aber auch noch zweifelhaft sein könnte, ob die Kläger die erste Auffassung gänzlich aufgegeben haben, so ist diese jedenfalls mit dem in der Replik dargestellten Sachverhalt unvereinbar. Denn hier haben die Kläger selbst angeführt, daß die jeweilige Deckung der zum Verfall kommenden Tratten nur gegen Acceptation gleicher Tratten für die nächsten 3 Monate erfolgt und dieses namentlich auch noch bei Acceptation der letzten im Februar 1843 ausgestellten Tratten der Fall gewesen sei, und haben dadurch die Behauptung des Beklagten, daß durch das

Accept der eben erwähnten letzten Tratten das Obligo der Kläger sich nicht verändert habe, eingeräumt.

Die nothwendige Folge hiervon ist, daß die Klage, soweit sie in der Hauptsumme den Betrag der Crediterweiterung von fl. — überschreitet, sich als unbegründet darstellt, es daher insoweit wegen Unzulässigkeit einer reformatio in pejus bei dem vorigen Erkenntnisse belassen werden mußte.

Das Stadtgericht erkannte:

3. Die Kläger legen ihrem Anspruche auf vollständigen Ersatz ihres bei dem Kaufmann Haßloch erlittenen Schadens die Behauptung zu Grunde, daß Berle zu Anfang des Jahres 1843, obgleich ihm die Ueberschuldung Haßloch's bekannt gewesen, diesen veranlaßt habe, Wechsel in dem Betrage von fl. — an Berle's Ordre auf die Kläger zu ziehen und daß derselbe hierauf die Kläger durch persönliches Präsentiren der Wechsel, unter Verschweigung der Zahlungsunfähigkeit des Ziehers, zum Accepte aufgefordert und bewogen habe.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine solche Handlungsweise an sich und abgesehen von in Betracht zu ziehenden Nebenumständen, als eine arglistige und widerrechtliche erscheinen und eine Verbindlichkeit zum Ersatz des durch sie gestifteten Schadens für den Beklagten begründen würde.

Nun steht es aber durch Einverständniß beider streitenden Theile fest, daß die Kläger bereits vor der Acceptation der oben erwähnten Wechsel Haßloch'sche Tratten von dem gleichen Betrage von fl. — acceptirt hatten und daß Berle gegen Acceptation jener letzten Wechsel den Klägern die Deckung für diese früheren Tratten anschaffte, so daß durch die oben erwähnte Handlungsweise des Beklagten im Frühjahr 1843 weder die Verbindlichkeit der Kläger gegenüber den Wechselinhabern, noch ihre Forderung gegenüber dem Zieher derselben eine Veränderung erlitt. Unter diesen Umständen kann nicht behauptet werden, daß den Klägern durch das, was Beklagter im Frühjahr 1843 that, ein Schaden entstanden sei, und damit stellt sich die Klage als unbegründet dar.

224. Klagänderung. Klagerläuterung. Klagverbesserung.

Hinsichtlich der Crediterweiterung von fl. — kommt es darauf an, ob die in der vorigen Nummer mitgetheilte Begründung der Klage, wie sie sich nach der Darstellung in der Replik gestaltet, zugelassen werden darf. Dies war jedoch, abweichend von der Ansicht der beiden vorderen Instanzen zu bejahen.

1. Eine Aenderung des Klagfundaments kann in dem replikarischen Vorbringen nicht gefunden werden. Die Klage ist darauf gestützt, daß der Beklagte, ungeachtet seiner Kenntniß von der Insolvenz des Haßloch, die Kläger zum Creditgeben an Letzteren veranlaßt habe. Diese Grundlage ist auch in der Replik beibehalten, nur wird die dolose Veranlassung zum Creditgeben in einen früheren Zeitpunkt zurückversetzt. Da aber — — — Uebereinstimmung der Partheien darüber vorliegt, daß die Acceptation der letzten im Februar 1843 ausgestellten Tratten nichts weiter war, als die formelle Erneuerung der schon seit dem Frühjahr 1842 bestehenden Verbindlichkeit, der behauptete dolus daher sowohl nach der Klage, als nach der Replik sich auf ein und dasselbe Schuldverhältniß bezieht, dessen Erneuerung nur in der Klage irrig als selbstständige Begründung aufgefaßt worden war, so kann die Identität des Klaggrundes nicht als gestört angesehen werden. Insbesondere ist es grundlos, wenn der Beklagte einwendet, die Klage stehe mit der Replik in Widerspruch, indem durch die Letztere das Benehmen des Beklagten im Februar 1843 des anfangs behaupteten dolosen Charakters entkleidet werde. Die Behauptung, daß der Beklagte beim Präsentiren der Tratten im Februar 1843 die Insolvenz des Haßloch arglistiger Weise verschwiegen habe, ist weder zurückgenommen, noch mit der Darstellung der Replik unvereinbar, sondern nach der nunmehrigen Begründung der Klage nur nicht mehr von Erheblichkeit.

2. Andererseits kann freilich der replikarische Nachtrag auch nicht als bloße Erläuterung der Klage gelten. Vergeblich berufen sich die Kläger in dieser Beziehung auf die in der Klage erbetene und vom Gericht verfügte Adjunction der Akten des Vorprozesses. Läßt es sich auch nicht als Grund zur Abweisung der Klage anerkennen, daß die Kläger gerade durch den Inhalt der

Vorakten verstärkten Anlaß zu einer sorgfältigen Abfassung der Klage gehabt hätten, und deßhalb um so eher auf eine geflissentliche Nichtbenutzung dort vorgekommener Thatsachen zu schließen sei, so kann der vorliegende Mangel doch auch nicht durch die Beziehung auf die adjungirten Akten für ersetzt gehalten werden. Allerdings gaben die Kläger in ihrer jetzigen Klage die Absicht kund, denjenigen Anspruch gegen den Beklagten verfolgen zu wollen, welcher in dem Vorprozesse aus formellen Gründen von der gleichzeitigen Verhandlung ausgeschlossen worden sei, und diesen hatten sie in den Vorakten mit darauf gegründet, daß der Beklagte bereits zu Anfang des Jahres 1842 bei Vermittlung der mehrerwähnten Crediterweiterung, die Insolvenz des Haßloch gekannt habe. Allein sie haben ihre nunmehrige Nachklage auf eine selbstständige Darstellung des Sachverhalts gestützt und darin wurde dieser Umstand gänzlich unerwähnt gelassen, so daß von einer bloßen Unbestimmtheit, welche durch den replikarischen Nachtrag aufgeklärt worden wäre, nicht wohl die Rede sein kann. Der Nachtrag stellt sich daher,

3. indem er den zu beschränkt gefaßten historischen Klaggrund durch einen Zusatz ergänzt, als Verbesserung einer außerdem unhaltbaren Klage dar.

Nun schreibt freilich die Frankfurter Reformation I, 17 § 5 allgemein vor, daß sowohl eine Verbesserung, als eine Veränderung der Klage nach erfolgter Kriegsbefestigung nur mittelst Anstellung einer neuen Klage geschehen könne. Diese Vorschrift ist jedoch, wie auch das Oberappellationsgericht schon wiederholt ausgesprochen hat,

Fr. S. Klees u. Hauser c. Reuleaux 1840
Lenz c. Geißel 1844
Liebtreu c. Ueberhoff 1845

in ihrer Strenge durch die Praxis und Rücksichten der Zweckmäßigkeit gemildert worden, so daß das richterliche Ermessen dabei nicht ausgeschlossen wird.

Vergl. Bender Handbuch des Prozesses p. 80.

Es kommt daher vor Allem darauf an, ob im vorliegenden Falle durch Zulassung der Verbesserung die Vertheidigung des

Beklagten beeinträchtigt werden würde. Das war aber zu verneinen. In dieser Beziehung wird der Zusammenhang des jetzigen Prozesses mit dem früheren derselben Partheien von Erheblichkeit; in den Vorakten war das ganze Streitverhältniß mit Einschluß des in der Klagverbesserung enthaltenen Umstandes bereits ausführlich zur Sprache gekommen und der Beklagte daher auf das Vollständigste zu seiner Vertheidigung vorbereitet. Er hat auch schon in der Exceptionsschrift eine specielle Darstellung über den Vorgang, worauf sich die Klagverbesserung bezieht, nämlich darüber, wie die Crediterweiterung im Frühjahr 1842 zu Stande gekommen sei, gegeben und hat sich sodann in der Duplik auf den replikarischen Nachtrag umständlich eingelassen. Neue Einreden, zu denen etwa erst die Klagverbesserung Veranlassung gegeben hätte, und die einer weiteren Verhandlung bedurft hätten, sind in der Duplik nicht vorgeschützt, und ebensowenig sind da oder auch nur in der jetzigen Instanz dergleichen noch unbenutzt gebliebene Einreden namhaft gemacht worden. Das Einzige, worauf der Beklagte sich beruft, ist, daß eine Streitverkündigung an die Haßloch'schen Schwestern unterblieben sei. Aber abgesehen davon, daß Nichts angeführt worden ist, woraus sich der rechtliche Werth einer solchen Streitverkündigung für den Beklagten erkennen ließe, wäre ihre Vornahme auch nach Eingang der Replik noch an der Zeit gewesen, da es keinem Zweifel unterliegen könnte, daß, wenn der Beklagte in Folge derselben noch neue Einreden erfahren hätte, ihm zu deren Vorschützen unbeschränkte Gelegenheit hätte gegeben werden müssen.

Steht sonach das Vertheidigungsrecht des Beklagten nicht im Wege, so spricht die Zweckmäßigkeit entschieden für die Zulassung der Klagverbesserung, da der nämliche Anspruch schon in zwei Prozessen ausführlich verhandelt worden ist, und die Kläger sonst genöthigt werden würden, einen dritten Rechtsstreit deßhalb zu beginnen.

Das Stadtgericht erkannte:

4. Wenn von Seiten der Kläger in ihrer Gegenerklärung angeführt wird, daß das arglistige Verfahren des Beklagten schon im Frühjahr 1842 angefangen habe und daß diese Arglist bis

zum Abbruch des Geschäfts fortgewirkt habe, so liegt darin eine gänzliche Umgestaltung des thatsächlichen Klaggrundes, welche für zulässig nicht erachtet werden kann.

5. Der ebenfalls in der Gegenerklärung vorgebrachte Einwand, daß die Kläger voraussichtlich vor Schaden bewahrt worden wären, wenn Beklagter im Frühjahr 1843 nicht neue Wechsel zur Acceptation präsentirt hätte, selbst wenn er damals keine Zahlungen geleistet hätte, ist zu unbestimmt, um Beachtung finden zu können. Selbst in dem Munde der Kläger erscheint es nur als eine höchst ungewisse Vermuthung, daß Haßloch, der im Juli fallirte, im Laufe des Februar noch Mittel und Wege gefunden haben würde, durch Benutzung seines anderweiten Credits ihren Anforderungen, wenn auch selbst nur bis zum approximativen vollen Betrag seiner Schuld, Genüge zu leisten. Diese Behauptung kann daher nicht zum Gegenstande einer Beweisauflage gemacht werden.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

1. Wenn klagende Handlung ihren Anspruch an den Beklagten auf Schadensersatz wegen des bei Haßloch erlittenen Verlustes in der Klagschrift mit aller Bestimmtheit darauf gründet, daß Beklagter sie zu Anfang des Jahres 1843 doloser Weise zur Acceptation gewisser Tratten verleitet habe, und daß Letzterem zu dieser Zeit die Insufficienz des Haßloch bekannt gewesen sei, in ihrer Replik dagegen abweichend hiervon den Grund ihrer Klage auf ein angeblich früheres arglistiges Benehmen des Beklagten zurückzuführen sucht, so hat hierin das vordere Erkenntniß mit Recht eine gänzliche Umgestaltung des thatsächlichen Klaggrundes erkannt, und rechtfertigt sich darnach die Abweisung der Klage — — — zur Genüge, zumal da auch der Einwand, daß klagende Handlung voraussichtlich vor Schaden bewahrt worden wäre, wenn Beklagter im Frühjahr 1843 nicht neue Wechsel zur Acceptation präsentirt hätte, aus den von dem Stadtgericht angeführten Gründen eine weitere Beachtung nicht finden konnte. Wenn sich aber Kläger insbesondere darauf berufen, daß bereits in der früheren Klagsache der beiden streitenden Theile, welche mit der dermaligen durch Adregistrirung der Akten in Verbindung gebracht sei, auf das ursprünglich thatsächliche Verhältniß Bezug

genommen worden, so hätte ihnen dieses um so mehr Veranlassung geben sollen, darauf bei Anstellung ihrer jetzigen Klage Rücksicht zu nehmen, aber eben um deßwillen, weil sie solches geflissentlich, wie es scheint, unterlassen, war der betreffende Theil jener Akten bei Beurtheilung der vorliegenden Klage überall nicht zu beachten.

2. Für ebenso unbegründet kann jedoch die eventuelle Beschwerde der Kläger — nicht erachtet werden. Denn wenngleich anzunehmen, daß — — — — den Klägern die Anstellung einer anderweiten Klage gegen Berle ohnehin unbenommen bleiben solle, so läßt sich doch nicht verkennen, daß nicht nur die betreffende Entscheidung selbst hierüber immer noch einigen Zweifel zuläßt, sondern daß auch in der Darstellung des thatsächlichen Verhaltens des Beklagten im Anfang des Jahres 1843, wie solches bei Verhandlung der jetzigen Klage zur Sprache gekommen, allerdings Momente enthalten sein dürften, welche wenigstens in Verbindung mit demjenigen, was den Klägern mit einer neuen Klage geltend zu machen nachgelassen werden muß, für eine solche Klage mitzubenutzen von Interesse sein könnten, die denselben aber bei einer unbedingten Abweisung der jetzigen Klage zu diesem Zweck verloren sein würden.

225. Rechtliche Begründung der actio doli.

Mit Unrecht bestreitet der Beklagte, daß die Klage, wie sie sich nach ihrer Verbesserung darstellt, rechtlich begründet sei. Er macht in dieser Beziehung geltend,

1. es werde ihm nicht vorgeworfen, daß er die Kläger durch falsche Vorspiegelungen oder auch nur durch Anrathen oder Zureden zum Creditgeben an Haßloch veranlaßt habe, sondern nur, daß er die Insolvenz des Letzteren verschwiegen habe; die actio doli könne aber nur auf ein positives Thun, nicht auf ein bloßes Stillschweigen oder Unterlassen gegründet werden. Diese letztere Behauptung ist jedoch theils ohne gesetzlichen Grund, theils hier nicht zutreffend, da von den Klägern behauptet wird, daß der Beklagte im Bewußtsein der Insolvenz des Haßloch durch Behändigung eines Accreditivs seiner Schwestern die Kläger zur Acceptation der Tratten, mittelst deren die Crediterweiterung im Frühjahr 1842

gewährt wurde, bewogen habe. In dieser Behauptung liegt aber so viel, daß der Beklagte die Kläger durch eine positive Aufforderung von seiner Seite und durch das zu deren Unterstützung damit verbundene Anbieten eines besonderen Sicherungsmittels, zur Acceptation zu bestimmen gesucht und wirklich bestimmt habe. Einer weiteren Vorspiegelung bedurfte es zur Begründung der actio doli nicht, wenn, wie gleich zu erwähnen ist, die Kläger Ursache hatten, bei der Aufforderung des Beklagten an die Zahlungsfähigkeit des Haßloch zu glauben.

2. Der Beklagte habe, wie jeder andere Präsentant einer Tratte, keine Pflicht gehabt, die Kläger über die Insolvenz des Haßloch aufzuklären. Allein der Beklagte unterschied sich von dem sonstigen Inhaber einer Tratte aus dem doppelten Grunde, weil er, wie bemerkt, die Kläger zur Acceptation durch positives Handeln bewogen haben soll, während in der einfachen Präsentation einer Tratte nur die Anfrage liegt, ob acceptirt werde oder nicht, und weil er vorher die Anknüpfung des ganzen Geschäftsverkehrs zwischen den Klägern und Haßloch durch Empfehlung des Letzteren als eines ganz soliden Mannes veranlaßt und in der Fortsetzung des Verkehrs den beständigen Vermittler gemacht hatte. So lange dies Letztere der Fall war, durften und mußten die Kläger voraussetzen, daß der Antrag auf eine Erweiterung des Credits unter Fortdauer der anfänglich gegebenen Empfehlung geschehe, und es war daher eine unverkennbare Täuschung ihres wohlbegründeten Vertrauens, wenn der Beklagte jenen Antrag mit dem Bewußtsein von der Insolvenz des Haßloch an sie ergehen ließ.

3. Die Insolvenz des Haßloch komme nicht in Betracht, weil die Kläger durch die ursprüngliche Garantie des Beklagten selbst, durch eine später bestellte Generalhypothek und ein Accreditiv der Haßloch'schen Schwestern anderweite Sicherheit gehabt hätten und dies dem Beklagten bekannt gewesen sei. Allein die Garantie des Beklagten war auf den Betrag von fl. — beschränkt und die Generalhypothek konnte nach eingetretener Insolvenz in keiner Weise dem Beklagten die Zuversicht geben, daß die Kläger auch für den erhöhten Credit vollkommen gesichert sein würden.

Jedenfalls konnte ihn dieser Umstand nicht von der Pflicht entbinden, den Klägern Mittheilung von der Insolvenz des Haßloch zu machen, und es ihnen zu überlassen, ob sie im Vertrauen auf ihre Generalhypothek einem insolventen Schuldner noch weiteren Credit geben wollten. Diese letztere Erwägung ist aber auch gegen die Berufung auf das Accreditiv der Haßloch'schen Schwestern entscheidend; denn auch hier konnte, selbst wenn der Beklagte volles Vertrauen auf das Accreditiv gehabt hätte, gar nicht verkannt werden, daß die Insolvenz des Haßloch ein für die Erwägung der Kläger höchst erheblicher Umstand sei.

226. Einwände gegen die actio doli.

Die Umstände, auf welche sich der Beklagte für den Fall der Aufrechthaltung der Klage noch berufen hat, konnten zum Vorbehalt eines Einredenbeweises keinen Anlaß bieten. Sie bestehen darin,

1. daß der Beklagte in dem Geschäftsverkehr mit den Klägern alle Diligenz angewendet, ihnen namentlich ihre Generalhypothek verschafft habe;

2. daß er den Klägern die Insolvenz des Haßloch sogleich nach erlangter Kenntniß derselben angezeigt habe;

3. daß den Klägern die etwaige Unsicherheit des Haßloch im Februar 1843 selbst bekannt gewesen sei.

Die Unerheblichkeit der ersten Behauptung leuchtet von selbst ein. Die beiden andern Umstände — der unter 2 erwähnte in der Voraussetzung, daß er sich nicht auf die Zeit nach dem Februar 1843 beziehen sollte — hätten zur Beseitigung der Klage in ihrer ursprünglichen Fassung dienen können, durch die Klagverbesserung haben sie aber ihre Bedeutung verloren; denn daß die Kläger durch die im Februar 1843 erfolgte Prolongation ihrer Verbindlichkeit auf 3 Monate sich die Befriedigung ihrer Forderung an Haßloch vereitelt oder verkürzt hätten, wird vom Beklagten nirgends behauptet, auch läßt sich aus der Bekanntschaft der Kläger mit der Insolvenz des Haßloch zur Zeit jener Prolongation nicht etwa folgern, daß sie selbst auf die Zahlungsfähigkeit des Haßloch keinen Werth gelegt hätten; denn sie konnten nach

erfahrener Insolvenz ihres Schuldners wohl in die Verlängerung einer einmal bestehenden Schuld einwilligen, ohne deßhalb unter gleicher Voraussetzung zu einem neuen Credit geneigt zu sein.

C.

Philipp Balthasar Eidebenz dahier, Kläger
contra
Karl Lachmann aus Hamburg, Beklagten.

Ph. B. Eidebenz erhob Klage gegen den dahier seit einer Reihe von Jahren wohnenden Carl Lachmann auf Zahlung von fl. — für angeblich vom Anfang des Jahres 1845 bis Anfangs des Jahres 1854 geleistete Dienste. Er begründete diesen Anspruch durch die Behauptung,

a. daß er mehr als — Tage für den Beklagten beschäftigt gewesen und eine Vergütung von fl. — per Tag eine angemessene sei;

b. daß Beklagter ihm versprochen habe, er solle bei ihm mehr verdienen, als in seinem Kramladen, — daß er auf dieses Versprechen hin dem Beklagten Dienste geleistet und Geschäfte besorgt habe, und daß er durch die in Folge der Beschäftigung für den Beklagten geschehene Vernachlässigung seines Geschäftes einen Schaden von fl. — erlitten habe;

c. daß Beklagter ihm für seine Dienstleistungen eine Belohnung von mehr als fl. — zugesagt habe.

Kläger beanspruchte ferner den Betrag von fl. 600 zufolge eines Schreibens des August Büttner, welcher ihm Namens des Beklagten ein Honorar von fl. 600 für geleistete Dienste und Gefälligkeiten anbietet.

Beklagter leugnete jedes rechtliche Fundament der Klage, opponirte die Einrede der Dunkelheit und behauptete, Hr. Büttner sei nur zum Anbieten eines Geschenkes von fl. 600 ermächtigt gewesen.

Das Stadtgericht verurtheilte am 21. April 1854 den Beklagten zur Zahlung von fl. 600, verwarf die Klagbegründung sub a. u. b, und verstellte die sub c. dem Kläger zum Beweise.

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Appellationsgericht am 30. Juni 1854 unter Kostencompensation, daß Kläger die Gründe seiner Klage sub b. u. c. alternativ zu beweisen, Beklagter auch nur dann den Betrag von fl. 600 zu zahlen habe, wenn er nicht zu beweisen vermöge, daß er dem August Büttner den Auftrag ertheilt habe, dem Kläger fl. 600 nur als ein Geschenk, nicht aber als Honorar für geleistete Dienste anzubieten.

Dieses Urtheil wurde auf Oberappellation des Beklagten unter Verurtheilung desselben in die Kosten vom Oberappellationsgericht am 31. Okt. 1854 bestätigt.

227. Unwahrscheinlichkeit eines Anspruches.

Rechtskräftig steht fest, daß Kläger eine Belohnung dann nicht fordern kann, wenn sie ihm nicht besonders versprochen worden ist. — — Wenn aber der Beklagte angegebener Maßen für die ihm geleisteten Dienste nicht nur im Allgemeinen eine Belohnung zugesagt, sondern auch ein minimum des Betrages derselben bestimmt und Kläger diese Zusage acceptirt hat, so sind hierin alle Merkmale eines bindenden Vertragsabschlusses zu finden. Beklagter hat nun zwar — — behauptet, — daß das ganze Vorbringen vollständig unwahrscheinlich sei. Es kann indeß die bloße Unwahrscheinlichkeit einer Behauptung keinen Grund abgeben, den Behauptenden vom Beweise derselben auszuschließen und muß es vielmehr dem Beklagten überlassen bleiben, diejenigen Momente, aus denen sich auf die Unwahrheiten der Behauptungen des Klägers ein Schluß ziehen läßt, zum Gegenbeweise zu benutzen.

CI.

Maria Elisabetha L., früher verehel. R., geb. Fr. dahier, Klägerin

contra

die Erben des Johann Christ. Fg. von Kleinheubach, Beklagte.

Klägerin gebar vor dem 182. Tage nach Abschluß der Ehe mit R. ein Kind. Dasselbe wurde von R. ausdrücklich als legitim anerkannt, obwohl es von Fg. herrühren sollte. Als nun Fg. starb, machte Klägerin sowohl in eigenem Namen, als in dem Namen des Kindes gegen den Nachlaß alternativ Ansprüche auf Auslieferung des sechsten Theiles der Erbschaft oder Zahlung von Alimenten geltend. In der Appellationsinstanz brachte Klägerin als novum die Behauptung vor, daß die Zeugung jenes Kindes durch ihren Ehemann unmöglich gewesen sei.

Das Stadtgericht erkannte am 14. September 1853:

Die Klägerin wird unter Verurtheilung in die Streitkosten mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen.

Auf Appellation der Klägerin erkannte unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze das Appellationsgericht am 7. December 1853 bestätigend. Auf Oberappellation der Klägerin erkannte das Oberappellationsgericht am 11. Nov. 1854, daß die Klägerin sich zuerst als Vormünderin ihrer unmündigen Tochter zu legitimiren habe, für solchen Fall aber drei der Erben verurtheilt seien, der Klägerin als Vertreterin ihrer unmündigen Tochter nach vorgängiger von der Klägerin — zu treffenden Wahl entweder den sechsten Theil der Erbschaft zu ihren Antheilen auszuantworten oder derselben an Alimente vom 6. März 1853 bis zum 2. Februar 1860 fl. — theils zu zahlen, theils insoweit dieselben künftig fällig werden, für die Zahlung Sicherheit zu leisten, —

der Vormund aber des minderjährigen vierten Erben verbunden sei, — sich über die in der Klagschrift ersichtlichen Behauptungen, betreffend — —, ordnungsmäßig zu erklären, dagegen die Klägerin mit den in eigenem Namen geltend gemachten Ansprüchen an den Nachlaß abzuweisen sei. Sämmtliche Kosten der drei Instanzen werden verglichen mit Ausnahme eines Viertheils der in der ersten Instanz erwachsenen Kosten, über die das Erkenntniß ausgesetzt wird.

228. Hat die außerehelich Geschwächte Erbrechte an dem Vermögen des Stuprators?

Es war der Klägerin nicht beizupflichten, wenn dieselbe vermeint, einen Theil des in Nov. 18. c. 5 und Nov. 89 c. 12 den Concubinenkindern zugebilligten und durch die Praxis in Frankfurt

Orth Anmerk. zur Frankf. Ref. B. IV p. 490. 491
v. Adlerflycht Priv. R. der St. Fr. II. § 271
Bender Handb. des Frankf. Priv. R. p. 486
Souchay Anmerk. zur Ref. Bd. II. p. 880. 897

auf Grund der in dem Titel vor Ref. 5, 1 § 13 vorkommenden Worte „oder Liebkindern" auch den Jungfernkindern zuerkannten sechsten Theils vom Nachlasse des ohne Ehefrau, eheliche Kinder und einen letzten Willen verstorbenen Erzeugers ihres Kindes in eigenem Namen in Anspruch nehmen zu können; — zunächst deßhalb, weil in Frankfurt, deren Reformation eines Erbrechts weder der außerehelich Geschwächten, noch bleibender Zuhälterinnen gedenkt, nach Reichs- und Landesgesetzen

vergl. Orth a. a. O.

außereheliche Schwächung, wie Concubinat mit Strafen bedroht sind und daher mit einem eventuellen Erbrecht nicht belohnt sein werden, — eine Ansicht, welche auch nach dem Zeugniß von

Souchay a. a. O. p. 899

daselbst in der Rechtsprechung angenommen worden ist; — jedenfalls aber aus dem Grunde, weil sie nach ihrem Verhältniß zu F. sich anderweit verheirathet hat und die Novellen ein Erbrecht nur einer Frau geben, welche mit dem Verstorbenen „dum vixerit" zusammen gelebt und nicht vorher „separatione vel morte" von

ihm sich getrennt hat. Hiernach war anzunehmen, daß das Erbrecht für die unmündige Tochter zu dem vollen Sechstheil geltend gemacht ist.

229. Legitimation der Mutter als Vormünderin ihres unehel. Kindes.

Anlangend die von der Klägerin, Namens ihrer unmündigen Tochter geltend gemachten Ansprüche, so konnte Jene, da es sich nicht um eine bloße Alimentationsforderung, sondern zugleich um einen Erbanspruch der Tochter handelt, nicht ohne Weiteres zur deßfallsigen Rechtsverfolgung gelassen werden, sondern war derselben zuvörderst aufzugeben, sich als Vormünderin zur Geltendmachung der Ansprüche zu legitimiren.

230. Zuvielforderung bei alternativen Schuldverbindlichkeiten hat nur auf Anrufen des Beklagten die Abweisung der Klage zur Folge.

Die Sache selbst betreffend, so war der von der Klägerin copulativ verfolgte Anspruch auf Auskehrung des sechsten Theils der Verlassenschaft des J. C. F. und auf Bezahlung von vier Gulden wöchentlicher Alimente vom 6. März 1853 bis zum 2. Februar 1860

arg. Nov. 89 c. 12 § 6

nur alternative (vergl. Nr. 231) für begründet zu erachten, und es könnte daher die Frage entstehen, ob nicht die in der copulativ gestellten Forderung enthaltene Zuvielforderung

Ref. I, 17 § 9 z. E.

die Abweisung der Klägerin angebrachter Maßen zur Folge haben mußte. Da indessen nach Ref. a. a. O. § 12 diese Rechtsfolge nur „auf Excipiren und Anrufen des Beklagten" eintreten soll, und das Oberappellationsgericht schon früher

F. S. Lebling c. Gerothwohl 1832

Hummel c. Langenbach 1832

von einem darauf gerichteten Antrag gedachte Abweisung abhängig gemacht hat, es aber hieran in der Vernehmlassung der Beklagten fehlt, so war der Klägerin, wie im Urtheil geschehen, aufzugeben, sich zu erklären, welchen von beiden Ansprüchen sie verfolgen wolle.

231. Ist das Kind, das früher, als 182 Tage nach geschlossener Ehe geboren wurde, legitim? Kann dasselbe die Rechte eines außerehelichen Kindes beanspruchen?

Es mußten beide Ansprüche der Klägerin für rechtlich begründet erachtet werden. Sie sind es, sobald man die Frage, ob ein in der Ehe vor dem 182ten Tage nach deren Eingehung geborenes Kind das Recht hat, durch den bloßen Beweis, daß ein Dritter innerhalb der kritischen Zeit mit der Mutter den Beischlaf vollzogen habe, sich die Rechte eines unehelichen, von jenem Dritten erzeugten Kindes zu verschaffen, bejaht. Zwar haben die vorigen Richter mit

Savigny System Bd. 2 p. 389 note. f Nr. I.

auf Grund der

L. 11 C. de natural. lib. (5, 27)

die Ansicht befolgt, daß nach justinianischem, wie heutigem Recht zum Begriff eines ehelichen Kindes dessen Geburt in der Ehe noch vor der gesetzlichen Zeit genüge, sobald die stillschweigende oder, wie hier in einem öffentlichen Dokumente vorliegt, die ausdrückliche Anerkennung des Vaters hinzutrete, mithin unter dieser Voraussetzung die in der Ehe nur geborenen den in solcher auch erzeugten gleichständen; denn alsdann würde es auch Jenen nur gestattet sein, wenn überhaupt, durch den Beweis der Unmöglichkeit einer Zeugung abseiten des Ehemannes eine Veränderung ihres status herbeizuführen. Es konnte jedoch in L. 11. cit. (vom Jahre 530), in welcher ihrem ganzen Zusammenhange nach von der Gewißheit der Frage über die Vaterschaft ausgegangen sein dürfte, keine so durchgreifende Abänderung des in den später publicirten Digesten aufgenommenen, aus

L. 12 de statu hominum (1, 5)

L. 3 § 12 de suis et legit. (38, 16)

ersichtlichen älteren Princips, sondern, wie auch die Schlußworte der Constitution besagen, nur eine Verfügung gefunden werden, welche die Kinder, resp. deren Vertreter für dieselben geltend machen können, sobald sie solches vortheilhaft erachten und so lange sie nicht in bindender Weise darauf verzichtet haben. Letzteres liegt nicht vor und Ersteres ist durch die Klaganstellung zu erkennen

gegeben. Die Erklärung des Ehemannes aber, welche dieser gegen sich gelten lassen mußte, darf den Rechten des vor dem gesetzlichen Termine geborenen Kindes, die aus der außerehelichen Geburt hervorgehenden Rechte für sich in Anspruch zu nehmen, nicht nachtheilig werden. — — Es sind aber auch beide Ansprüche in rechtliche Gewißheit gesetzt worden, da die — — — ihnen zu Grunde liegenden Behauptungen — — — nach art. 34 der Prov. Proz. Ord. als zugestanden anzunehmen sind. — — — Es mußte nur in Ansehung der Margaretha F., welche durch einen Vormund vertreten wird, auf Grund des art. 36 der Prov. Proz. Ordn. eine Ausnahme gemacht werden. Das Stadtgericht hat nämlich mit Recht die Strafe des Eingeständnisses nur den großjährigen Beklagten angedroht, und war mithin, wie im Urtheil geschehen, dem Vormund der gedachten Minderjährigen eine bessere Klagbeantwortung bei Strafe aufzulegen und mithin insoweit das Erkenntniß auszusetzen.

Das Stadtgericht erkannte:

In der Sache selbst stellt sich die erhobene Klage nach dem eignen Vortrage der Klägerin als unstatthaft dar. Das Kind der Klägerin ist nämlich nach deren Verehelichung mit N. geboren und — von N. anerkannt, steht mithin nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift

L. 11. C. de natur. lib. (5, 27)

Nov. 89 cap. 8 in fine

einem in stehender Ehe erzeugten Kinde vollkommen gleich. In der Ehe erzeugte Kinder aber haben an dem Ehemanne ihren gesetzlich bestimmten Ernährer dergestalt, daß selbst das Eingeständniß und der Beweis eines unerlaubten Umgangs der Mutter mit einem Anderen unerheblich erscheint (L. 11 § 9 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5) und die Klage auf Ernährung eines gesetzlich für ehelich anerkannten Kindes gegen den angeblichen außerehelichen Erzeuger unzulässig ist, so lange nicht die Unmöglichkeit der Zeugung durch den Ehemann behauptet worden ist. An dieser Behauptung fehlt es aber gerade in dem vorliegenden Falle. Die Unstatthaftigkeit des erhobenen Erbanspruches bedarf hiernach keiner besonderen Ausführung.

Das Appellationsgericht erkannte:

Bei des verstorbenen Ehemannes der Klägerin vorliegendem, in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Anerkenntniß seiner Vaterschaft zu dem, von derselben am 2. Februar 1846 geborenen Kinde rechtfertigt sich das vorige Erkenntniß an und für sich ausreichend, da, abgesehen von dem Beweise der Unmöglichkeit der Zeugung durch den Ehemann überhaupt, auch ein vor dem 182ten Tage der Ehe geborenes Kind dennoch als legitim gelten soll, wenn des Ehegatten Anerkennung den fehlenden Zeitraum ersetzt (Savigny System II. p. 389). Nun hat zwar Appellantin in gegenwärtiger Instanz auch die Behauptung der Unmöglichkeit einer Zeugung des besagten Kindes durch jenen, ihren Ehemann vorgebracht und diese Behauptung unter Berufung auf das beneficium novorum noch jetzt geltend zu machen versucht. Es hätte aber gerade diese Behauptung zu wesentlich mit zu Begründung der von der Appellantin angebrachten Klage gehört, als daß deren Geltendmachung erst in höherer Instanz und ohne vorgängige, ordnungsmäßige Verhandlung über die ihr angeblich zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnissen zugegeben und solche als unter den Begriff desjenigen fallend erachtet werden könnte, was § 73 des J. R. A. als zulässige nova erkennt.

CII.

Johann Wilh. Haag und dessen Ehefrau Anna Maria, geb. Zilcher dahier, Kläger u. Widerbeklagten

contra

Johann Balthasar Zilcher dahier, Beklagten und Widerkläger.

(cf. XLII.)

I. Kläger klagen auf Grund einer Urkunde de d. 21. Juli 1846, in welcher Beklagter bekennt, der klägerischen Ehefrau den Betrag von fl. — als Darlehn schuldig zu sein und die Verzinsung

vom 23. März 1845 an verspricht. Da Beklagter seine Unterschrift anerkennt, das Darlehn aber leugnet, geben die Kläger in der Replik an, daß das Darlehn von dem am 30. November 1843 verstorbenen Vater der klägerischen Ehefrau dem Beklagten gemacht und über den ihr erblich zugefallenen Antheil der vorerwähnte Schuldschein ausgestellt worden sei.

II. Der Beklagte macht **reconveniendo**, eventuell **compensando** Ansprüche geltend:

1. der erste gründet sich auf folgende Thatsachen: Anna Maria Wetzel setzte in ihrem Testamente d. d. 14. Mai 1841 die widerbeklagte Ehefrau als Erbin ein und bestimmte ein Legat von fl. — nebst mehreren Mobilien dem Franz Zilcher unter der Bedingung, „wenn der Vater desselben, Wolfgang Philipp Zilcher die mir schuldigen fl. — zurückbezahlt haben wird." Anna Maria Wetzel verkaufte später jene legirten Mobilien; ferner errichtete sie am 26. Juni 1845 einen Testamentszettel, in welchem sie dem Franz Zilcher ein Legat von fl. — (es ist dieselbe Größe der Geldsumme, wie im ersten Legat) vermachte. W. Ph. Zilcher starb, ohne die obenerwähnte Schuld entrichtet zu haben, die vielmehr aus dessen Nachlaß an die Anna Maria Wetzel bezahlt wurde. Widerkläger als Cessionar des Franz Zilcher verlangt nun Auszahlung der beiden Legate. Die Widerbeklagten behaupten, die Bedingung des ersten Legats sei deficirt, — auch das erste Legat durch das zweite aufgehoben, — das zweite Legat sei bezahlt;

2. für Stallmiethe den Betrag von fl. 15, welche Schuld die Kläger zugeben.

Das Stadtgericht erkannte am 4. Oktober 1852:

I. — — Widerkläger wird mit der erhobenen Widerklage, insoweit solche auf die Legate gerichtet, abgewiesen;

II. Kläger und Widerbeklagte sind schuldig — fl. 15 — gegen von dem Widerkläger zu leistende **cautio de eventualiter restituendo** zu bezahlen;

III. Kläger haben — — darzuthun,

daß der verstorbene W. Ph. Zilcher dem Beklagten die Summe von fl. — dargeliehen gehabt hat.

Auf beiderseitige Appellation und Adhäsion des Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Appellationsgericht am 11. Februar 1853:

1. der Anspruch des Legatars Franz Zilcher an die demselben in dem Testamente der Anna Maria Wetzel vom 14. Mai 1841 verschafften fl. — ist rechtlich begründet, würde daher

2. der Widerkläger — sich als procurator in rem suam des Franz Zilcher rücksichtlich des weiter erwähnten Legats ausweisen, so hat hiernach das Stadtgericht — — zu erkennen, was Rechtens.

Auf Oberappellation der Kläger erkannte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 16. Nov. 1854:

1. daß der vom Stadtgericht sub III. auferlegte Beweis wegzufallen, dagegen Beklagter — darzuthun habe, daß er bei Ausstellung des Schuldscheines der Mitklägerin ein Darlehn von fl. — nicht schuldig gewesen sei.

2. Daß die unter II. des Stadtgerichts-Erkenntnisses ausgesprochene Verurtheilung der Kläger und Wiederbeklagten zur Zahlung von fl. 15 — — aufzuheben und das Erkenntniß über diesen Widerklageposten bis zur endlichen Entscheidung in der Vorklage auszusetzen sei.

232. Beweiskraft eines Schuldscheines über eine zur Zeit seiner Errichtung bereits bestehende Schuld.

Die Vorklage stützt sich lediglich auf den vom Beklagten anerkannten Schuldschein. Dieser enthält ein Bekenntniß über eine zur Zeit der Ausstellung desselben bereits bestehende Schuld. Das ergibt sich daraus, daß obgleich der Schein erst vom 21. Juli 1846 datirt ist, darin doch die Verzinsung der schuldigen Summe schon vom 23. März 1845 an versprochen wird. Wenn nun der Beklagte in diesem Schein weiter bekennt, der Mitklägerin die genannte Summe „als Darlehn schuldig zu sein,“ so kann dies — da eine auf Novation gerichtete Absicht überall nicht zu vermuthen steht — nur dahin verstanden werden, daß er zugleich ein Darlehn als den Schuldgrund einer von ihm eingestan-

denen Verbindlichkeit anerkennt. So hat auch Beklagter selbst den Inhalt des fraglichen Scheins aufgefaßt, indem er in seiner Erklärung auf denselben, der Mitklägerin den genannten Betrag damals darlehnsweise schuldig gewesen zu sein, geleugnet und vielmehr behauptet hat, der Schein sei indebite ausgestellt worden. Bei diesem Sachverhalte waren

A. die Kläger weder mit dem durch Stadtgerichts-Erkenntniß ihnen auferlegten, noch mit einem sonstigen Beweise zu belasten. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß das, in dem gedachten Schein zu findende Bekenntniß des Beklagten, der Mitklägerin aus einem Darlehn die fragliche Summe schuldig geworden zu sein, den thatsächlichen Hergang, durch welchen die Darlehnsschuld entstanden, vollkommen im Dunkeln läßt. Gleichwohl kann der Schein für ein instrumentum indiscretum im Sinn der L. 25 § 4 D. de prob. (22, 3) und L. 13 C. de non numer. pec. (4, 30) nicht angesehen werden. Die Bezeichnung der Schuld als aus einem „Darlehn" stammend, beweist jedenfalls, daß bei Ausstellung und Uebergabe des Scheins beide Theile ein auf statthaftem und ihnen zum Bewußtsein gekommenem Grunde beruhendes specielles Schuldverhältniß, über dessen Existenz sie einverstanden waren, im Sinne gehabt, und da der Beklagte dieses Schuldverhältniß in dem Scheine anerkannt hat, kann ein Beweis in Beziehung auf dasselbe von den Klägern nicht weiter gefordert werden. Auch wird an diesem Ergebniß nicht etwa dadurch etwas geändert, daß Kläger im weiteren Verlaufe des Rechtsstreites nähere Angaben über die Entstehung der fraglichen Forderung gemacht, wonach dieselbe aus verschiedenen, vom Vater der Mitklägerin dem Beklagten — — gemachten Darlehn herrühren und durch Erbgang auf die Mitklägerin gekommen sein soll. Denn auch nach diesen Angaben bleibt der fraglichen Schuld der Charakter eines Darlehns: dieselben treten also mit dem Inhalt des Scheines durchaus nicht in Widerspruch und können diesen somit auch der, ihm an sich innewohnenden Kraft, die Kläger von der Beweislast zu befreien, nicht berauben. Dagegen mußte

B. dem Beklagten, wie auf sein eben erwähntes Vorbringen hin geschehen, der Beweis des indebitum nachgelassen werden.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

4. in dem in der Replik gemachten Zugeständniß um so weniger eine Aenderung der ursprünglichen Klage gefunden werden kann, als nach hiesiger Gerichtspraxis jede anderweite frühere Schuld durch Verabredung, daß die betreffende Summe dem Schuldner als verzinsliches Darlehn gelassen werden soll, sich in eine Darlehnsschuld verwandelt;

Oberappellationsgerichtl. Entsch. in S. Rentz c. Heyne (vergl. oben p. 225 ss.)

daß aber

5. der fragliche Schuldschein darum, weil in demselben der ursprünglichen Schuld des Beklagten an den Vater der Mitklägerin keiner Erwähnung geschehen, als ein instrumentum indiscretum zu betrachten und daher den Klägern der Beweis jener Schuld aufzuerlegen ist,

cf. die alleg. Entsch. (Nr. 103 p. 227)

bei welchem Beweise es ihnen übrigens unbenommen bleibt, sich jener Urkunde mitzubedienen.

Das Appellationsgericht erkannte:

Der Beklagte hat die Wahrheit desjenigen bestritten, was die Kläger replicando über die Entstehung des eingeklagten Schuldscheines vorgetragen haben und da derselbe auch die behaupteten Zinszahlungen in Abrede gestellt hat, so mußte den Klägern, wie in der sententia a qua geschehen, Beweis auferlegt werden. Die bei Vertheidigung dieser Beschwerde angeregte Frage, ob überhaupt in dem vorliegenden Falle, wo in dem zuvor bestandenen Verhältnisse nur die in dem Uebergange der Forderung von dem Erblasser auf den Erben liegende Veränderung vorgegangen sei, von einer novatio, von einer alia antecedens causa die Rede sein könne, ob sonach in dem vorliegenden Falle diejenigen Rechtsgrundsätze zur Anwendung zu bringen seien, auf welche das stadtgerichtliche Erkenntniß sich stützt, kann, auch wenn man sie überall mit den Klägern entscheiden will, eine Abänderung im Sinne der aufgestellten Beschwerde nicht herbeiführen, da der Beklagte auch die antecedens causa geleugnet hat.

233. Eine mittelst Beibringung von nova in höherer Instanz anticipirte Beweisführung zur Beseitigung eines Beweisverfahrens.
(cf. p. 95.)

Das Verlangen der Kläger, daß mit Beiseitesetzung einer jeden Beweisauflage alsbald eine Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte ausgesprochen werde, wird durch die dafür geltend gemachten Gründe nicht gerechtfertigt, denn

a. das Gesetz vom 15. Dec. 1829 Nr. I., auf welches Kläger sich beziehen, findet auf Schuldscheine, die, wie der vorliegende, die Anerkennung einer bereits bestehenden Schuld enthalten, gar keine Anwendung, sondern betrifft lediglich den Fall, wo in Erwartung einer erst noch zu empfangenden Zahlung ein Schein ausgestellt ist. — — — Wenn Kläger sodann

b. glauben, eine Verurtheilung des Beklagten könne deßhalb schon jetzt eintreten, weil derselbe die in Rede stehende Schuld, sowohl vor, als nach Ausstellung des mehrerwähnten Scheins vielfach anerkannt habe, so ist dagegen zu bemerken, daß von dem Beklagten ein jedes derartige Anerkenntniß geleugnet worden ist. Nun haben freilich Kläger in voriger und gegenwärtiger Instanz Urkunden beigebracht, mittelst deren sie die behauptete Anerkennung zu beweisen beabsichtigen. Allein — abgesehen davon, ob es überhaupt für statthaft gehalten werden kann, ein in erster Instanz zu eröffnendes Beweisverfahren durch eine mittelst Beibringung von nova in höherer Instanz anticipirte Beweisführung zu beseitigen, so würden jedenfalls nur die schon dem Appellationsgericht (die in gegenwärtiger Instanz vorgelegte Urkunde hätte nach § 132 der Oberappellationsgerichts-Ordnung an das Stadtgericht zur weitern Instruktion und Entscheidung verwiesen werden müssen) vorgelegten Urkunden und diese nur dann die Nachlassung eines Beweises für den Beklagten abzuschneiden vermögen, wenn mittelst derselben ein vollkommener Gegenbeweis bereits in so klarer und unwiderlegbarer Weise geliefert wäre, daß von einer Beweisführung des Beklagten unmöglich noch ein günstiger Erfolg erwartet werden könnte. Von dieser Beschaffenheit aber sind — wie sich auf den ersten Blick ergibt — die fraglichen Urkunden nicht, und es mußte daher angemessen erscheinen in Be-

urtheilung der Beweiskraft derselben dem Gerichte erster Instanz nicht vorzugreifen.

Die Auflage eines Erfüllungseides (dessen Ausschwörung die Kläger eventuell zur Verurtheilung des Beklagten beantragen) setzt nach heutigem Prozeßrechte durchaus die Eröffnung einer ordentlichen Beweisinstanz voraus.

234. Beweis bei der exceptio indebiti.

Wenn die Kläger eventuell gefordert haben, daß dem Beklagten wenigstens neben dem Beweise der Nichtschuld auch noch der eines bei Unterzeichnung des fraglichen Schuldscheines begangenen Irrthums oder einer sonstigen Erklärung seiner Unterzeichnung auferlegt werde, so ist es zwar richtig, daß die exceptio indebiti dann unstatthaft sein würde, wenn Beklagter den Schein nicht aus Irrthum, sondern in dem Bewußtsein, daß er die darin anerkannte Schuld nicht schuldig sei, ausgestellt haben sollte. Allein ein besonderer Beweis dieses Irrthums ist nicht erforderlich, indem derselbe vielmehr schon in dem Beweis des indebitum vorhanden ist und indirekt durch diesen zugleich mitgeführt wird, wie dies das Oberappellationsgericht in

F. S. Hümmer c. Schott 1844

bereits ausgesprochen und weiter ausgeführt hat.

235. Aktivlegitimation.

Daß Widerkläger nicht alsbald ein Cessionsinstrument vorgelegt, kann ihm nichts schaden, weil nach richtigen Prozeßgrundsätzen die Aktivlegitimation nur einen Theil des Klaggrundes bildet, und daher eine sofortige Liquidstellung derselben nicht erforderlich ist, deren Beweis vielmehr bis zu einer deßfallsigen richterlichen Auflage beanstandet werden kann.

236. Die Bedingung, wenn eine Person eine Schuld bezahle, wird als erfüllt angenommen, wenn auch die Zahlung durch den Nachlaß dieser Person geschehen ist.

Durch Einverständniß der Partheien steht fest, daß der Wolfgang Philipp Zilcher gestorben ist, ohne der Anna Maria

Wetzel die Schuld von fl. — zurückbezahlt zu haben, daß dieselbe jedoch aus seinem Nachlasse und von seinen Erben an die Anna Maria Wetzel berichtigt worden ist. Hierin muß aber eine Erfüllung der in der Geschichtserzählung sub Nr. II. 1. gedachten Bedingung gefunden werden. Bleibt man nämlich bei dem stehen, was aus der Disposition selbst in Betreff der Willensmeinung der Erblasserin sich ergibt, so erscheint es allerdings unzweifelhaft, daß die Schuld bei Lebzeiten dieser letzteren gezahlt sein muß, wenn die Bedingung als erfüllt soll angesehen werden. Dagegen hat man keinen Grund, anzunehmen, die Erblasserin habe darauf Gewicht gelegt, daß die Zahlung durch Wolfgang Philipp Zilcher selbst oder wenigstens bei dessen Leben erfolge. Bei Geldschulden kommt es bekanntlich auf die Person des Zahlenden so wenig an, daß ein Dritter, sogar ohne Wissen und Willen des Schuldners, die Obligation tilgen kann. Und während es sich allerdings erklären ließe, wenn die Erblasserin einen bestimmten Zahlungstermin gesetzt, nach dessen fruchtlosem Ablaufe die Bedingung für vereitelt gelten solle, so läßt sich doch durchaus nicht ersehen, welches Interesse sie darin gesetzt haben sollte, daß die Zahlung gerade vor und nicht nach dem, der Zeit nach ganz ungewissen Todestage des Schuldners erfolge. Allerdings geht aus der Wortfassung der Bedingung hervor, daß dabei zunächst an Zahlung durch W. Ph. Zilcher selbst gedacht worden. Indeß steht dies mit der Annahme, daß nach dem Willen der Erblasserin auch eine von dessen Erben bewirkte Zahlung für Erfüllung der Bedingung gelten müsse, um so weniger in Widerspruch, als es sich bei Zahlungen nur um die vermögensrechtliche Persönlichkeit handelt, die in dem Erben fortdauert. Es sind nun freilich von den Widerbeklagten noch einige besondere Gründe geltend gemacht worden für die von ihnen behauptete Absicht der Erblasserin, daß nur Zahlung durch W. Ph. Zilcher selbst als Erfüllung der Bedingung gelten solle. Allein diese Gründe genügen nicht, auf das Vorhandensein einer solchen Absicht einen sichern Schluß zu ziehen.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

6. in Betreff der Widerklage, abgesehen von der bestrittenen

Aktivlegitimation des Beklagten und Widerklägers rücksichtlich des Legatsanspruches von fl. — dieser schon deßfalls hinwegfallen muß, weil

a. die von der verstorbenen Anna Maria Wetzel, der Erblasserin der Klägerin, in ihrem Testamente vom 14. Mai 1841 erwähnte eine Hälfte der Summe dem Franz Zilcher legirt sein sollte, wenn dessen Vater, W. Ph. Zilcher, die der Testirerin schuldigen fl. — ihr zurückbezahlt haben werde, welche Bedingung aber nicht erfüllt worden ist, indem der Widerkläger zugibt, daß die Rückzahlung erst nach dem Tode des Schuldners von dessen Erben geschehen sei, während

b. die andere Hälfte — der Betrag des dem Franz Zilcher durch die Testamentsbeilage vom 26. Juni 1845 verschafften Legats, ausweislich der — —, bereits an den Widerkläger als Bevollmächtigten des Franz Zilcher ausbezahlt worden ist.

Das Appellationsgericht erkannte:

Mit der Zahlung der Schuld aus dem Nachlasse des W. Ph. Zilcher muß die Bedingung als erfüllt betrachtet werden, von welcher das Testament das dem Franz Zilcher verschaffte Legat abhängig gemacht hat. Während es nämlich wohl zu erklären ist, wie die Testirerin einen Werth darauf legen und die Auszahlung eines Legats davon abhängig machen konnte, wenn eine ausstehende, nicht unbedeutende und rücksichtlich ihres Eingangs unverkennbar für zweifelhaft betrachtete Forderung ihr eingehen werde, läßt sich andererseits kaum absehen, aus welchen Gründen die Absicht der Testirerin dahin gegangen sein könnte, das fragliche Legat nur in dem Falle auszahlen zu lassen, wenn die erwähnte Schuld von dem Schuldner — dem Vater des Legatars — selbst zurückbezahlt werden würde.

Die hier angenommene Erklärung widerstreitet der Wortfassung des Testaments nicht, sie stimmt im Gegentheil mit derselben vollkommen überein, indem die aus dem Nachlasse des Schuldners getilgte Schuld in der That als von dem Schuldner geschehen betrachtet werden muß. Dazu kommt, daß bei der Interpretation von Testamenten die Regel gilt, vorhandene Dispositionen möglichst aufrecht zu erhalten. Dazu kommt ferner, daß die

Widerbeklagten überall nicht im Stande gewesen sind, eine entgegenstehende Absicht der Testirerin darzulegen und wahrscheinlich zu machen.

237. Verkauf einzelner Gegenstände eines ausgesetzten Legats von Seiten des Erblassers. Aussetzung eines neuen Legats für eine Person, die bereits mit einem Legate bedacht ist.

Die Widerbeklagten stützen ihre Ansicht, daß Franz Zilcher das im Testamente vom 14. Mai 1841 ihm ausgesetzte Legat von fl. — nicht erworben habe, darauf, daß dieses Legat von der Erblasserin wieder aufgehoben worden sei. Dies soll geschehen sein

1. durch den späteren Verkauf der mitvermachten Mobilien. Allein wenngleich hierin im Zweifel allerdings eine Aufhebung des Vermächtnisses dieser Mobilien gefunden werden muß,

L. 15. L. 18. D. de adim. leg. (34, 4)

so erstreckt sich dieselbe doch keineswegs auf das seinem Gegenstande nach davon ganz verschiedene Legat der fl. —

arg. § 17 J. de leg. (2, 20)

L. 1. D. de instrum. leg. (33, 7)

2. durch die Errichtung des Testamentszettels vom 26. Juni 1846. In der Aussetzung eines neuen Legats für eine Person, die bereits mit einem Legate bedacht ist, ist jedoch an und für sich durchaus nicht die Ademtion dieses früheren Legats zu finden. Im Zweifel muß man vielmehr annehmen, daß beide Legate neben einander bestehen sollen. Vorliegend aber fehlt es an jedem Grunde, um einen entgegenstehenden Willen der Erblasserin unterstellen zu können. Vielmehr weisen

a. — — — — —;

b. die Uebereinstimmung der in beiden Legaten ausgesetzten Geldsummen rechtfertigt noch keineswegs die Annahme, daß es sich hier nur darum gehandelt, an die Stelle des früheren bedingten nunmehr ein unbedingtes Vermächtniß zu setzen;

c. daß die Erblasserin in der späteren Verfügung der früheren durchaus nicht Erwähnung gethan, läßt viel eher darauf schließen, daß beide Legate neben einander bestehen sollten, als darauf, daß durch das spätere das frühere aufgehoben werden sollte.

238. Forderungen, reconveniendo, eventuell compensando geltend gemacht.

Es handelt sich darum, ob in Folge des Zugeständnisses der Widerbeklagten (dem Widerkläger fl. 15 schuldig zu sein) jetzt schon eine Verurtheilung zur Zahlung jenes Betrages sammt Prozeßzinsen (sei es auch gegen cautio de eventualiter restituendo) ausgesprochen werden konnte. Dies aber muß nach Lage der Sache verneint werden. Beklagter und Widerkläger hat seine Forderungen „reconveniendo, eventuell compensando" geltend gemacht. Hierin liegt: wenn die Vorklage, dem dazu gestellten Antrage des Beklagten und Widerklägers gemäß, abgewiesen wird, so soll zugleich Verurtheilung der Kläger und Widerbeklagten zu obigen Forderungen eintreten; wenn dagegen die Vorklage an sich zu einer Verurtheilung des Beklagten und Widerklägers geeignet befunden werden sollte, so sollen jene Forderungen zur Compensation kommen. Ob, nach dem Willen des Beklagten und Widerklägers, Verurtheilung oder Compensation einzutreten hat, entscheidet sich also überhaupt nicht eher, als bis über die Vorklage endlich erkannt werden kann. Bis zu diesem Zeitpunkte mußte folglich das Erkenntniß über den in Rede stehenden Widerklagposten ausgesetzt werden und dies um so mehr, als im Falle einer Verurtheilung der Kläger und Widerbeklagten noch die Prozeßzinsen zu der von ihnen zu zahlenden Summe hinzukommen, im Falle der Compensation dagegen dergleichen Zinsen nicht mit zu berechnen sind, indem bei Eröffnung des Prozesses die Forderung von fl. 15 bereits durch die ihr gegenüber stehende größere Forderung der Kläger und Widerbeklagten getilgt gewesen sein würde.

CIII.

Die Administratoren des Nachlasses der Johannette Margaretha Mohr dahier, Liquidanten und Widerbeklagte

contra

die Johannette May'sche Debitmasse dahier, Liquidatin und Widerklägerin.

Johannette Margaretha Mohr starb am 20. August 1841 mit Hinterlassung eines Testamentes und mehrerer Nachträge zu demselben. In § 2 des Testaments wurde bestimmt: „zu meinem Universalerben ernenne ich meinen Vetter May und falls mich dieser nicht überleben sollte, dessen Ehefrau Johannette, geb. Mohr; jedoch mit der Bestimmung, daß diese meine Erben nur den Nutz-Genuß an diesem Vermögen haben sollen und daß dasselbe nach ihrem beiderseitigen Ableben auf ihre alsdann vorhandenen ehelichen Leibeserben überzugehen habe, welche letztere ich daher hiermit ihren Eltern substituire." In § 3 wird, zur Erhaltung der künftigen Verlassenschaft und damit dieselbe ungeschmälert den May'schen Kindern anheimfalle, eine Administration der Erbschaft bis zum Tode der May'schen Eheleute, nachher aber bis die May'schen Kinder das 25. Lebensjahr erreicht hätten, verordnet.

Als May vor der Testirerin starb, bestimmte dieselbe in einem Nachtrage vom 4. April 1835, daß, um die Revenüen hauptsächlich zur Erziehung der May'schen Kinder verwendet zu sehen, sie bestimme, daß von den Zinsen des ganzen, dem May'schen Stamme anheimfallenden Kapitals die Frau May die jährliche Summe von fl. 500 erhalten solle „in ausdrücklicher Voraussetzung jedoch, daß Frau May das Ihrige zur Erziehung ihrer Kinder beitrage, hierzu namentlich ihre übrigen Revenüen, soweit

erforderlich, verwende, und sich mit der von mir angeordneten Administration verständige, welche letztere hierin nach billigem Ermessen verfahren wird." Alle übrigen Revenüen sollen nach diesem Nachtrag ausschließlich zu Besten und zur Erziehung der May'schen Kinder verwandt werden.

Die Wittwe May hatte die ihr durch dieses Testament deferirte Erbschaft cum benificio inventarii angetreten, auch die förmliche Einweisung erhalten; das nachgelassene Vermögen war unter die Verwaltung der angeordneten Administration gekommen. Die Administratoren veranlaßten ferner die Wittwe May am 18. Nov. 1842 auf die ihr durch den Nachtrag vom 4. April 1835 vermachte Rente von fl. 500 zu verzichten.

Da die Erblasserin auf den den May'schen Eheleuten eigenthümlich gehörenden Behausungen „zum Weidenbusch und Pfuhlhof," ein Insatzcapital von fl. — dargeliehen hatte, wurde nach dem Erbschaftsantritt die Hälfte desselben als durch confusio erloschen betrachtet, und die Administratoren veranlaßten die Wittwe May, den substituirten Testamentserben ein neues Pfandrecht für den Betrag dieser Hälfte zu constituiren, die Schuldsumme mit 4 % zu verzinsen und sich sogar eine dreimonatliche Aufkündigung gefallen zu lassen.

Als die Wittwe May mit diesen Insatzzinsen im Rückstande blieb, stellten die Administratoren die Insatzklage an: durch Dekret vom 27. Nov. ins. 5. Dec. 1844 wurde der Schuldnerin die Zahlung dieser Zinsen innerhalb 6 Wochen, also bis zum 17. Jan. 1845 unter dem Präjudize aufgegeben, daß nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist — — dem Fiskal die Versteigerung der Unterpfänder für die Zinsen und Kosten, auch das Kapital selbst aufgetragen werde. Als die Zahlung nicht erfolgte, in dem Versteigerungstermine aber keine Licitanten erschienen, wurde am 9/12. Jun. 1845 der Mohr'schen Administration die Unterpfänder für Kapital, Zinsen und Kosten unter Vorbehalt der Rückstandsklage zugeschlagen, nachdem wegen des inzwischen über das Vermögen der Wittwe May ausgebrochenen Concurses die Administratoren zuvor einen Revers ausgestellt hatten, daß sie ihnen den Rechten nach vorgehende Gläubiger, wenn dieselben sonst nicht aus der Debitmasse befriedigt

werden könnten, befriedigen wollten. Die vorbehaltene Rückstandsklage wurde zwar angestellt, wurde aber für die Kläger aus dem Grunde verloren, daß die Unterpfänder höher, als der Betrag der Schuldforderung, taxirt wurden.

Ehe das Verfahren über die Rückstandsklage beendigt war, erhoben in dem Liquidationstermin der Wittwe May'schen Masse die Mohr'sche Administrater folgende Ansprüche:

I. auf die Mieth- und Pachtgelder von dem Weidenbusch und Pfuhlhofe seit dem 17. Jan. 1845 bis 12. Jun. 1845. Es wurde sich dabei gestützt auf Art. 24 und 25 der Hypotheken-Prozeßordnung. Diese lauten: (Art. 24.) Bis zur Vollendung der Versteigerung der ausgeklagten Immobilien bleibt der Schuldner gleichsam als gerichtlicher Sequester in dem Besitze, es sei denn, daß auf Ansuchen eines oder mehrerer Gläubiger von dem Richter ein Anderes verordnet worden wäre. Dem Gläubiger stehen jedoch die auf dem Halme stehenden oder am Stocke hängenden Früchte zu, welche für dessen Rechnung im Wege der Ordnung einzuthun und zu versteigern sind. Die Mieth- und Pachtgelder aus dem Unterpfand können vom Gläubiger mit Arrest bestrikt werden. Art. 25 Früchte, welche erst nach Ablauf des dem Schuldner anberaumten Zahlungstermin reif geworden oder entstanden sind, sollen als unbeweglich angesehen und folglich mit dem aus dem Gute selbst erlösten Preise nach der Rangordnung der Hypotheken unter sämmtliche, auf dieses Gut versicherte Gläubiger, wenn mehrere vorhanden sind, vertheilt werden;

II. auf Erstattung folgender Forderungen, nämlich:

1. fl. — Kaufpreis für von der Erblasserin Marg. Mohr den May'schen Eheleuten verkaufte Metalliques-Obligation sammt Zinsen.

2. fl. — Darlehn von der Erblasserin der Wittwe May gegeben.

Die Concursmasse bestritt sämmtliche Forderungen und machte

III. reconveniendo folgende Forderungen geltend:

1. die trebellianische Quart von dem Mohr'schen Nachlaß und behufs Ausmittlung der Größe derselben Aufstellung einer Rechnung über diesen Nachlaß;

2. die im Mohr'schen Testament, resp. Nachtrag der Wittwe ausgesetzte Jahresrente von fl. 500 seit August 1841;

3. Auszahlung von fl. — für Pension und Unterricht der May'schen Kinder, die aus den Revenüen des Mohr'schen Nachlasses zufolge des Testamentes zur Erziehung dieser Kinder hätte verwendet werden sollen, aber nicht verwendet worden wären.

Das Stadtgericht erkannte am 5. Januar 1846:

A. daß die Liquidanten mit ihren sämmtlichen gegen die Masse angemeldeten Forderungen abgewiesen würden;

B. daß in der Widerklage

1. der oben ad III. 1. erwähnte Anspruch ab- und auf den Zeitpunkt des einstigen Ablebens der Gemeinschuldnerin gewiesen würde;

2. der oben ad III. 2. genannte Anspruch definitiv abgewiesen würde;

3. in Betreff des Anspruches ad III. 3. Widerklägerin zu beweisen habe,

a. daß und wie weit die eigenen Einkünfte der Gemeinschuldnerin hingereicht haben, seit dem Tode der Marg. Mohr die Kosten der Erziehung ihrer Kinder in dem — Institut zu bestreiten und

b. wie hoch sich diese Erziehungskosten belaufen haben;

4. daß der Wiederbeklagten der Einredebeweis — nachgelassen sei;

5. daß der Kostenpunkt ausgesetzt werde.

Auf Appellation und Antrag von Aktenversendung von Seiten der Liquidantin erkannte am 23. April 1847 das Spruchcollegium zu Göttingen, daß die Ansprüche der Liquidantin oben sub. II., 1 und 2 nur zur Zeit zu verwerfen, — daß in der Widerklage die nachgelassenen Beweise nicht aufzuerlegen, vielmehr die Widerklage angebrachter Maßen abzuweisen sei. Die Kosten der ersten Instanz werden compensirt, die Kosten der zweiten Instanzen fallen den Liquidanten zu $\frac{2}{3}$, den Liquidaten zu $\frac{1}{3}$ zur Last, mit Ausnahme der Transmissionskosten, die die Liquidanten allein zu tragen haben.

Auf Oberappellation der Liquidanten wurde unter Verurthei-

lung derselben zum Kostenersatze dies Urtheil vom Oberappellationsgericht am 20. Nov. 1854 bestätigt.

239. Pacht- und Miethgelder während des Insatzausklageprozesses.

Die Appellanten verlangen — die Zuerkennung der von dem Gasthof zum Weidenbusch, sowie von dem Gebäude „zum Pfuhlhof genannt" nach dem 17. Januar 1845 und bis zum 12. Juni desselben Jahres fällig gewordenen Pacht- und Miethgelder. Diese Forderung kann, was Appellanten in jetziger Instanz auszuführen versucht haben, aus art. 24 des Gesetzes vom 8. Juli 1817 nicht abgeleitet werden. Denn es läßt sich aus dem Umstande, daß der Schuldner während der Versteigerung gleichsam als dessen Sequester bezeichnet wird, ein Verlust des Eigenthums abseiten des Schuldners und dessen Erwerb von Seiten des Gläubigers nicht entnehmen, indem eine solche Annahme eines Eigenthums den art. 24 mit art. 19 und 22 der Verordnung in Widerspruch bringen würde. Sodann würde der Rechtssatz, daß der Gläubiger während der Versteigerung Eigenthümer des Pfandobjects werde, mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen unvereinbar sein. Endlich aber ergäbe sich aus einem solchen Eigenthums-Uebergang noch keineswegs ohne Weiteres eine Uebertragung der von dem Schuldner abgeschlossenen Pacht- und Miethverträge. Anlangend sodann die von Appellanten in gegenwärtiger und den früheren Instanzen versuchte Herleitung des Anspruches aus art. 25 des gedachten Gesetzes, so wendet Appellat dagegen ein:

a. art. 25 könne in Beihalt von art. 24, wo Früchte den Pacht- oder Miethgeldern entgegengesetzt werden, nur von hängenden natürlichen Früchten verstanden werden, da deren Besichtigung für die Höhe der Gebote und somit indirekt für die prioritätsmäßige Befriedigung der auf das Gut versicherten Gläubiger von Bedeutung sei. Allein, abgesehen davon, ob nicht durch die gebrauchten Ausdrücke „entstandene" und „reif gewordene" Früchte gerade die civilen und natürlichen Früchte haben bezeichnet werden sollen, so stehen beide, insofern nicht ihre verschiedene Natur Abweichungen nothwendig macht, unter gleichen Rechtsgrundsätzen: art. 25 enthält Normen über das endliche Recht der Insatzgläubiger auf

die Früchte, art. 24 Vorschriften über deren Recht auf vorläufige Sicherstellung, und die Natur beider Gattungen führt auf eine verschiedene Behandlung nur in letzter, nicht aber in erster Beziehung;

b. art. 25 sei nicht von dem vorliegenden Fall, wo ein Heimschlag des Pfandobjekts an Zahlungsstatt an den Insatzgläubiger stattgefunden habe, sondern, wie die zweite Hälfte des Artikels ergebe, nur von dem Fall zu verstehen, wenn der Erlös aus dem feilgebotenen Gut zur Befriedigung der Pfandgläubiger nicht ausreiche, indem diesen alsdann ein ausschließliches Recht auf die fraglichen Früchte zuerkannt sei. Zwar läßt sich diesem Einwand nicht mit Appellanten dahin begegnen, ohne den Heimschlag würde ein zur Befriedigung der Insatzgläubiger unzureichendes Gebot erfolgt, und so der Fall, von welchem der Artikel handeln solle, eingetreten sein; durch den Heimschlag seien mithin die Rechte der früheren Insatzgläubiger gewahrt, Appellanten mithin befugt, deren Recht auf die Früchte für sich in Anspruch zu nehmen. Denn der Heimschlag beruht auf Vorschrift des Gesetzes und nicht auf dem Willen der Partheien, kann also von Appellanten als Grund für den von ihnen beabsichtigten Erwerb des Rechtes auf die Früchte nicht geltend gemacht werden. Der Einwand selbst ist aber zu verwerfen, weil allgemeine gesetzliche Vorschriften auf den Inhalt einer aus denselben abgeleiteten Folgerung nur dann beschränkt werden dürfen, wenn sich beweisen läßt, daß die Absicht des Gesetzgebers nur hierauf gerichtet war. Dieser Beweis liegt jedoch nicht mit völliger Gewißheit vor. Zwar ist art. 25 wörtlich aus art. 403 der Prozeß-Ordnung für das Großherzogthum Frankfurt entnommen (Reg. Bl. B. II. p. 293) und dieses hat wiederum seine Quelle in art. 689 (682 des Ges. vom 2. Juni 1841) Cod. proc. civ. Nach dem französischen Texte „pour être distribués" kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß die Immobilisirung der Früchte nur insoweit, als es sich um die Befriedigung der Pfandgläubiger handelte und nur zu diesem Zwecke, angenommen worden ist. Da indessen die deutsche Redaction von dem französischen Texte abweicht, so läßt sich aus der Fassung des Artikels nicht mit voller Sicherheit entnehmen, ob hierin eine zufällige oder absicht-

liche Abweichung enthalten ist. Jedenfalls aber steht der Auffassung der Appellanten

c. der Umstand entgegen, daß, wenn man art. 25 nicht dahin, daß die Früchte nur dem gleichen Pfandnexus, wie das Gut selbst unterworfen seien, sondern ganz allgemein zu verstehen, mithin die seit Ablauf der dem Schuldner gesetzten Zahlungsfrist bezogenen Früchte durchgängig als Theile des Guts, mithin als unbeweglich anzusehen hätte, jeder neue Erwerber, mithin auch der Käufer des Guts gedachte Früchte in Anspruch zu nehmen berechtigt sein würde. Diesem abnormen Rechtssatze wird man aber die Anerkennung so lange zu versagen haben, als die Möglichkeit einer anderen Erklärung vorhanden ist. Ueberdies stände derselbe mit den Schlußworten des Artikels in Widerspruch, indem in solchen der Kaufpreis des Gutes selbst dem Erlös aus den Früchten offenbar entgegengesetzt ist, woraus sich ergibt, daß eine über das Erstere getroffene Disposition sich nicht von selbst auf die Letzteren erstreckt. Auch haben Appellanten in gegenwärtiger Instanz ausdrücklich erklärt, daß sie in ihrer Eigenschaft als neue Erwerber der Grundstücke die fraglichen Früchte nie gefordert haben. Sie irren jedoch darin, wenn sie vermeinen, daß ein Käufer aus einer allein den Insatzprozeß betreffenden Verordnung keine Rechte für sich ableiten könne. Denn das Gegentheil hiervon versteht sich schon an sich von selbst, und wird auch durch sonstigen Inhalt der Verordnung, namentlich art. 20 bestätigt. Verkauf aber und Heimschlag können nicht nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden, und die Verordnung a. a. O. wird nicht Vorschriften enthalten, welche auf Letzteren, nicht aber auf Ersteren anwendbar wären; denn was von allen Käufern gilt, wird auch von denen gelten müssen, welche aus Insatzgläubigern durch Heimschlag Käufer geworden sind.

Es fragt sich daher nur, unter welchen Voraussetzungen von den Appellanten als Insatzgläubigern die fraglichen Früchte in Anspruch genommen werden können. Nach gemeinem Rechte hat der Gläubiger die Befugniß, sich aus dem Pfandobjekt und zwar jedenfalls mit Einschluß der seit der Litiscontestation von solchem bezogenen civilen und natürlichen Früchte zu befriedigen, auch im Laufe des Rechtsstreites die zu seiner Sicherstellung in Ansehung der Früchte

erforderlichen Anträge zu stellen. Sein Recht auf diese Früchte ist jedoch nach der Natur des Pfandrechts durch die Voraussetzung bedingt, daß er aus dem Erlöse oder im Falle einer Einweisung in das Eigenthum aus dem taxirten Werth des Pfandobjekts nicht befriedigt werde. Der Ueberschuß gebührt in dem einen, wie anderen Fall

L. 3 § 4—6 C. de jure domin. impetra.

dem Schuldner, welcher andererseits persönlich verpflichtet bleibt, wenn Kaufpreis oder Taxwerth des Pfandobjekts zur Befriedigung der Forderung nebst Accessionen nicht ausreichen. Hieran ist in Frankfurt durch

Verordnung vom 8. Juli 1817 art. 22, 23

so viel geändert, daß beim Mangel eines, das auf dem Unterpfand haftende Kapital nebst Zinsen und Kosten deckenden Gebots der Heimschlag an Zahlungsstatt an den Gläubiger für Kapital ꝛc., also unter der Verpflichtung, die vorstehenden Pfandgläubiger zu befriedigen, jedoch unter Vorbehalt der Rückstandsklage von Amts wegen stattfindet. Der Heimschlag erfolgt nun offenbar in Gemäßheit des Feilgebots. Dieses erstreckt sich auf die zur Zeit des Zuschlags hängenden, nicht auf die während der Versteigerung bezogenen Früchte. Auf letztere hat man folglich auch beim Heimschlag kein Recht, wenn man sich an der Rückstandsklage versäumt. Wird dieselbe dagegen erhoben und liefert ein dem Kläger günstiges Resultat, so hat er deßhalb ein Recht auf die in Rede stehenden Früchte, unter Ausschluß eines jeden anderen minder berechtigten Gläubigers: wenn ein ungünstiges, wie in dem vorliegenden Falle, so kann von einem Rechte auf die Früchte eben so wenig die Rede sein, wie im Falle gänzlichen Schweigens. Denn sobald die Forderung erloschen ist, für welche ein Pfandrecht bestellt wurde, cessirt das Recht auf den Gegenstand desselben, wie dessen Accessionen. Wenn daher die Appellanten auf letztere in ihrer Eigenschaft als hypothekarische Gläubiger, welchen das Unterpfand an Zahlungsstatt heimgeschlagen ist, auch abgesehen von den gedachten Voraussetzungen, ein Recht in Anspruch nehmen, so wäre dieses nur zulässig auf Grund eines von allgemeinen Normen abweichenden besonderen Rechtssatzes. Ein solcher ist aber in art. 24

und 25 nicht zu finden, indem sich dieselben dem gemeinen Rechte conform erklären lassen. Der erstere redet von der Sicherheit, welche der Insatzgläubiger während der Versteigerung in Ansehung der civilen, wie natürlichen Früchte sich verschaffen darf, der letztere von dem endlichen Recht auf dieselben. Als Anfangspunkt dieses letzteren ist der Ablauf des dem Schuldner anberaumten Zahlungstermins angenommen und es erstreckt sich auf die sämmtlichen seitdem bezogenen, auf die entstandenen, wie die reifgewordenen, die civilen, wie die natürlichen Früchte als Accessionen des Guts, unter Ausschluß Aller, welche nicht vorstehende Insatzgläubiger sind. Davon aber, daß das Recht auf die Früchte dem Insatzgläubiger selbst dann zustehe, wenn er durch Heimschlag des Gutes entweder stillschweigend oder in Gemäßheit der bei der Rückstandszahlung aufgemachten Taxe mit seiner Forderung nebst Accessionen abgefunden ist, sagt der Artikel überall nichts; es darf also eine derartige, von allgemeinen Grundsätzen abweichende Bestimmung nicht subintelligirt werden.

Das Stadtgericht erkannte:

Es erscheint der eventuelle Anspruch aus der auf die Adjudication der Häuser — — bezüglichen Rückstandsklage durch das Erkenntniß vom 13. Oct. 1845, worin solche verworfen worden, beseitigt.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

Wenn man auch mit der Appellantin annimmt, daß, da der art. 25 specielle Bestimmungen über fructus civiles nicht enthalte, die in demselben über die Naturalfrüchte getroffene Disposition analogisch auch auf jene anzuwenden sei, so konnte dennoch die Beschwerde nicht für begründet erachtet werden. Die Absicht des art. 25 geht nämlich offenbar dahin, bloß Bestimmungen zu Gunsten der Insatzgläubiger in Betreff der Früchte zu treffen und diesen ihre vorzugsweise Befriedigung, außer aus dem Erlöse für die Grundstücke auch aus den Früchten zu sichern. Diese Absicht läßt sich freilich aus der im art. 25 enthaltenen Folgerung allein nicht ableiten, wohl aber aus dem Umstande, daß wenn man dem Wortlaut des art. 25 zufolge die Früchte unbedingt als Theile des unbeweglichen Guts betrachten müßte, auch dem Käufer desselben die vor dem Versteigerungstermine percipirten Civilfrüchte,

nicht minder die vom Ablauf des dem Schuldner gesetzten Zahlungstermins, aber vor dem Versteigerungstermine aufgelaufenen Miethgelder zusprechen müßte. Darf aber diese exorbitante und speciell in der Hypothekenprozeßordnung nicht enthaltene Bestimmung in dem art. 25 nicht gefunden werden, so folgt von selbst daraus, so wie aus dem Zusammenhange dieses Artikels mit dem vorhergehenden, daß der art. 25 nur Dispositionen zu Gunsten der Creditoren, nicht aber zu Gunsten des neuen Acquirenten des zur Versteigerung gebrachten Grundstücks enthalten solle. Nun hat Appellantin, welcher die verpfändeten Immobilien behuf ihrer Befriedigung zugeschlagen sind, sowohl die Qualität eines Creditors, als auch die des neuen Acquirenten. In der letzten Qualität kann sie, dem Obigen zufolge, Rechte aus art. 25 nicht herleiten, als Gläubigerin aber ist sie, nachdem die Adjudication der Pfänder erfolgt ist, auf die Rückstandsklage beschränkt. Wäre diese begründet und handelte es sich um Berichtigung des Rückstandes, so würde sie dann, gestützt auf art. 25, ein Vorzugsrecht vor andern Creditoren in Betreff der Früchte geltend machen können. In concreto aber ist die Rückstandsklage schon rechtskräftig als unbegründet verworfen, weil aus der ordnungsmäßig vorgenommenen Abschätzung sich als Resultat herausgestellt hat, daß ein Rückstand nicht mehr existire. Mit vollem Rechte ist daher in dem angefochtenen Urtheile auf den Grund der rechtskräftigen Verwerfung der Rückstandsklage auch die auf die Forderung der Miethgelder gerichtete Liquidation verworfen worden.

240. Erbeinsetzung mit bedingter fideicommissarischer Substitution.

In Ansehung der oben in der Geschichtserzählung sub II. aufgestellten Ansprüche der Kläger ist — — anzunehmen, daß die Wittwe May in dem Mohr'schen Testament als mit einem bedingten Universalfideicommiß belastete Universalerbin eingesetzt sei. Diese Eigenschaft derselben — — — ergibt sich aus den § II. gedachten Testaments. Es enthält eine Einsetzung, zwei Vulgar- und eine fideicommissarische Substitution. Die Einsetzung und die zweite Vulgarsubstitution sind ausgefallen, aus der ersten hat die Wittwe May die angefallene Erbschaft angetreten und ist pflichtig, sie

denjenigen von ihren Kindern, welche sie überleben werden, im Wege des Universalfideicommisses herauszugeben. Dieses Resultat würde sich selbst dann nicht ändern, wenn man mit den Appellanten die Wittwe May als Erbin auf den Nießbrauch ansehen könnte, da eine solche, wenn und so lange unbeschränkt Eingesetzte nicht neben ihr vorhanden sind, auch Erbin auf die Proprietät ist. Wenn aber Appellanten ferner vermeinen, die Einsetzung der Wittwe May sei an die Bedingung, daß sie ihre Kinder überlebe, und nicht das Universalfideicommiß an die, daß Letztere die Mutter überlebten, geknüpft, so steht diese Auffassung mit dem Inhalt des Testaments um so mehr im Widerspruch, als bei solcher die Anordnung des Universalfideicommisses alle Bedeutung verliert. Entweder nämlich ginge die Bedingung der May'schen Einsetzung in Erfüllung und dann hätte das Fideicommiß durch den Tod der Kinder seine Anwendung verloren, oder sie fiele aus, und dann erbten diese nicht vermöge der indirekten, sondern der direkten Substitution zweiten Grades. Ist nun die Wittwe May Universalerbin des Mohr'schen Nachlasses geworden, so folgt daraus an sich die Confusion dessen, was sie der Erblasserin schuldete; ist sie mit einem Universalfideicommiß beschwert, so tritt für sie an sich die Berechtigung ein, die trebellianische Quote vom Nachlaß abzuziehen.

211. Confusion der zwischen Erblasser und Erben bestandenen obligatorischen Verhältnisse.

Es wird in Betreff der Klagansprüche sub. II. 1. der Eintritt der Confusion von den Appellanten bestritten,

a. weil die Wittwe May Fiduciar-Erbin sei. Dieser Einwand ist bereits in den Gründen des über die fernere Rechtsbeständigkeit einer der Erblasserin an die May'schen Eheleute zuständigen Insatzforderung beim Appellationsgericht ergangenen Urtheils vom 4. Mai 1842 zwar nicht rechtskräftig für die gegenwärtig streitenden Theile, jedoch mit Recht verworfen worden. Denn der Fiduciar ist Erbe und nicht, wie Appellanten ausführen, Usufructuar des Nachlasses. Aus seiner Vertretung des Verstorbenen folgt die in den Quellen mehrfach anerkannte Confusion der Diesem an Jenen zustehenden Forderungen nicht minder, wie aus der Heraus-

gabe der Erbschaft oder einer Quote derselben an den Fideicommißerben, entweder, wie es gewöhnlich aufgefaßt wird, die gänzliche oder theilweise Wiederherstellung der früheren Verbindlichkeiten, oder, was in Beihalt der Quellen nicht ohne Anschein ist

L. 27 § 11, L. 58 pr. L. 59 pr. L. 73 § 1 L. 80 D. ad SC. Trebell. (35, 1)

die Verpflichtung des Fiduciarerben, neue, dem Inhalt der erloschenen entsprechende Obligationen zu constituiren. Keinenfalls aber läßt sich behaupten, daß die zwischen Erblasserin und Fiduciarerben bestandenen Obligationen nur ruhten während der Herrschaft des Letzteren über die Erbschaft. Sie sind vielmehr erloschen; leben jedoch mit der Herausgabe der Erbschaft wieder auf oder werden neu begründet. Die Confusion soll sodann erloschen sein:

b. auf den Grund der über den Nachlaß angeordneten Administration. Allein, wie umfangreich dieselbe auch ist, so kann sie doch nur darauf Anspruch haben, die vorhandenen, nicht aber die vernichteten Bestandtheile der Verlassenschaft zu verwalten. Ja selbst dann, wenn in ihrer Anordnung sich der Wille der Erblasserin gegen die in Rede stehende Confusion ausgesprochen haben sollte, so würde solcher dennoch nicht im Stande sein, die aus dem Begriff eines Universalerben mit Nothwendigkeit hervorgehenden Rechtsfolgen zu beseitigen. Die Absicht der Jungfrau Mohr aber, daß die ihr von den May'schen Eheleuten geschuldeten Beträge schon vor der zur Restitution der Erbschaft überhaupt bestimmten Zeit an die Administratoren herausgezahlt werden sollten, ist aus dem letzten Willen nicht zu entnehmen. Denn die Administration ist angeordnet „über die an die Universalerben fallende Hinterlassenschaft", also zunächst nur über den Nachlaß, wie er sich in Folge der Erbschaftsantretung in der Hand der Universalerben finden wird; und wenn sich auch als Grund hierfür der Wille der Erblasserin angegeben findet, „daß die Hinterlassenschaft dereinst ungeschmälert an die substituirten May'schen Kinder gelange", so läßt sich daraus eine Willenserklärung obgedachten Inhalts um so weniger mit Sicherheit entnehmen, als die Restitutionspflicht an die Bedingung, daß die Kinder ihre Mutter überleben, geknüpft ist. Endlich soll die Confusion beseitigt sein:

c. durch den über den May'schen Nachlaß ausgebrochenen Concurs. Daß dieser den Appellanten an sich nicht mehr Rechte gegen die Masse geben kann, als sie gegen die Gemeinschuldnerin haben, ist ausgemacht, und die Ansicht, daß das Recht der Gemeinschuldnerin auf den Nachlaß und nicht das ihrer Kinder auf dessen Herausgabe ein ungewiß betagtes sei, ist bereits oben Nr. 240 widerlegt worden. Es fragt sich also nur, ob das ungewiß betagte Recht der Appellanten auf die fraglichen Forderungen ihnen einen Anspruch auf deßfallsige Cautionsleistung gibt. Allein auch diese fordern sie ohne Rechtsgrund.

Das Stadtgericht erkannte:

II. die weiteren Forderungen — — sind, nachdem die Gemeinschuldnerin den Marg. Mohr'schen Nachlaß als Testamentserbin erworben, jedenfalls durch Confusion erloschen, auch kann hieran der Umstand, daß der Gemeinschuldnerin ihre Kinder fideicommissarisch substituirt worden sind, nichts ändern.

Die zweite Instanz sprach sich dahin aus:

Appellantin bestreitet die Confusion aus zwei Gründen, einmal, weil die Wittwe May gar nicht Erbin in die Proprietät des Mohr'schen Nachlasses geworden sei, indem nach § 2 des Testaments lediglich ein usus fructus zum Gegenstande der Erbschaft gemacht worden, sodann aber, weil selbst in dem entgegengesetzten Falle, daß die Wittwe May als Fiduciarerbin betrachtet werden sollte, eine Confusion der zwischen Fiduciarerbin und Erblasser bestandenen Forderungsverhältnisse nicht eintrete. Beide Gründe erscheinen aber als unhaltbar. Die Wittwe May ist von der Jungfer Mohr nach Ausweis deren Testaments secundo gradu wirklich zur Erbin und zwar zur alleinigen Erbin eingesetzt. Auf den Grund dieser Einsetzung ist ihr die Erbschaft deferirt, da ihr primo gradu instituirter Ehemann vor der Testirerin gestorben ist, auch hat sie den Akten nach die Erbschaft wirklich erworben. Die Kinder der Wittwe May und zwar nur diejenigen, welche zur Zeit ihres Todes noch am Leben sein werden, sind direkt und fideicommissarisch substituirt. Die direkte Substitution ist weggefallen, da die Wittwe May die Erbschaft erworben hat, nach dem Inhalte der fideicommissarischen Substitution aber ist die Wittwe

May zur Restitution der Erbschaft an die zur Zeit ihres Todes noch lebenden Kinder verpflichtet. Sie ist freilich durch die Anordnung der Curatel und durch die Bestimmung, daß die Revenüen, mit Ausnahme einer Jahresrente von fl. 500 vorzugsweise zum Besten ihrer Kinder — — verwandt werden sollen, noch außerdem sehr beschränkt, aber troß dieser bedeutenden Beschränkung kann ihr die Qualität einer Erbin nicht abgesprochen werden. Wenn man nun aus dem Grunde, weil nach dem Testamente für Conservirung des Vermögens zum Besten der May'schen Kinder gesorgt werden sollte, auch annehmen wollte, sie sei geradezu nur in den usus fructus als Erbin instituirt worden, so würde darauf gar nichts ankommen, da ja neben ihr andere Erben direkt nicht instituirt sind, die einzig eingesetzte Erbin daher bekannten Rechten nach Erbin in die Substanz des nachgelassenen Vermögens geworden sein würde. Jene Supposition selbst ist aber nicht einmal richtig, da die letztwillige Disposition nicht anders interpretirt werden darf, als daß die Wittwe May Erbin, aber mit einem Universalfideicommiß belastete Erbin sein und als solche die Gesammtheit des nachgelassenen Vermögens haben, daneben freilich sowohl eine fremde Verwaltung, als auch eine Verwendung des größten Theils der Nutzungen zum Besten ihrer Kinder sich gefallen lassen solle.

Was aber den zweiten der obengenannten Gründe betrifft, so ist es zwar richtig, daß die durch Beerbung des Gläubigers von Seiten des Schuldners eintretende confusio jurium durch ein dem Erben auferlegtes Universalfideicommiß gewisse Modificationen erleidet. Diese bestehen aber nur darin, daß sobald der Zeitpunkt der Restitution eingetreten ist, nicht bloß die vorhandenen Sachen und Forderungen, sondern auch der Betrag der durch Confusion erloschenen Forderungen dem Fideicommissar gewährt werden muß, da ferner bei Berechnung der trebellianischen Quart diese Forderungen mit zu dem Bestande der Erbschaft gerechnet werden, und daß auch auf diese Forderungen die von dem Fiduciar zu leistende Caution zu erstrecken ist. Alle diese Modificationen treffen in concreto nicht zu, da der Zeitpunkt der Restitution an den Fideicommissar noch nicht eingetreten ist, um eine Berechnung der falcidischen Quart es sich nicht handelt, auch die Liquidation nicht

auf Bestellung einer cautio fideicommissi servandi gratia, sondern geradezu auf Zahlung der Forderungssumme gerichtet ist. Diese aber kann vor dem Tode der Wittwe May nicht verlangt werden. Da jedoch nach dem Tode der letzteren die erhobenen Forderungen allerdings der Confusion ungeachtet geltend gemacht werden können,

L. 27 § 11 D. ad St. Trebell.

so konnten die angemeldeten Forderungen nicht schlechthin für unbegründet erkannt werden, sondern es mußte statt dessen bloß eine Abweisung bis zum Tode der Cridarin eintreten.

Freilich könnte man gegen eine solche Abweisung geltend machen, daß, wenngleich gegen den Schuldner selbst ante diem und ante existentem conditionem nicht geklagt werden könne, doch eine Liquidation solcher Forderungen im Concurse der Schuldner statthaft sei. Dies ist in Betreff der Obligationen, welche certo die realisirt werden sollen, allerdings richtig, indem hier nicht eine Abweisung der Liquidation stattfinden kann, sondern die Zahlung entweder bis zum Eintritt des dies hinausgeschoben oder, wenn sie früher erfolgt, mit Abzug eines interusurium geleistet wird. Allein anders verhält es sich mit bedingten Forderungen oder solchen, welche in concreto die erfüllt werden sollen. In Betreff dieser Obligationen, zu welchen auch die geltend gemachten, gehören, da sie erst mit dem Tode der Cridarin fällig sind und ihre Kinder bloß in dem ungewissen Falle, daß sie ihre Mutter überleben, forderungsberechtigt werden — kann selbst im Concurse, abgesehen von einer bloß eventuellen, allerdings statthaften Anmeldung, ein Mehreres nicht als Sicherstellung dafür verlangt werden, daß, sobald die Forderung fällig werden wird, der Creditor den Betrag derselben erhalte. Nun möchte es ferner allerdings scheinen, als ob selbst nach dieser Ansicht nicht auf zeitweise Abweisung, sondern darauf zu erkennen gewesen wäre, daß statt der Forderungen selbst dieses minus, die cautio, als in jenem, dem majus, enthalten, zu leisten und in dem demnächstigen Prioritätsurtheile zu lociren sei. Allein dem steht entgegen, daß einmal über die Verpflichtung, eine cautio fideicommissi zu bestellen, unter den Partheien noch gar nicht verhandelt ist, sodann auch, daß aus den Ak-

ten sich ergibt, wie die Cridarin bereits vor Ausbruch des Concurses eine bereits durch die Insatzklage realisirte cautio fideicommissi geleistet habe. Wenngleich nun diese bloß für den Betrag des Insatzcapitals bestellt worden und Appellantin bei Berechnung dieser Summe offenbar auf die jetzt fraglichen Forderungen keine Rücksicht genommen hatte, so ist doch von ihr das Ungenügende dieser Caution nicht bloß nicht behauptet, auch, wenn man das Recht der Fiduciarerben auf die Trebellianische Quart berücksichtigt, schwerlich anzunehmen, sondern es würde auch eine solche quantitativ unzulängliche Caution die Appellantin zu einer wiederholten Cautionsforderung schwerlich berechtigen.

L. 3 § 3 D. ut in poss. leg. (36, 4.)

L. 3 in fine D. de fidejussoribus (46, 1)

212. Der Fiduciar kann nicht zu wiederholter Cautionsleistung angehalten werden.

Es fragt sich, ob das ungewiß betagte Recht der Appellanten auf die fraglichen Forderungen ihnen einen Anspruch auf deßfallsige Cautionsleistung gibt. Allein auch dies fordern sie ohne Rechtsgrund. Denn

1. sie haben den Anspruch nicht zeitig geltend gemacht. Die liquidirten Forderungen und die deßfallsige Cautionsleistung haben zwar dasselbe endliche Ziel, allein ein verschiedenes rechtliches Fundament. Mit jenen ist diese nicht schon angemeldet und die rechtliche Vertheidigung kann bei beiden verschieden sein. Die Substituirung der neuen Forderung an die Stelle der früheren enthält also eine Klagveränderung, auf welche bei dem Widerspruch des Gegners überhaupt und jedenfalls im Concursprozeß nicht eingegangen werden darf.

2. Sie konnten ihn nicht geltend machen, da für die dereinstige Herausgabe des Fideicommisses die Cautionsleistung laut Dekrets vom 22. März 1843, wiewohl unter Nichtberücksichtigung der gegenwärtig beanspruchten Forderungen, bereits stattgefunden hat, und ganz abgesehen davon, daß der den Gläubigern nach der in Nr. 243 ersichtlichen Ausführung seiner Zeit zukommende etwaige Betrag der trebellianischen Quart vom Mohr'schen Nach-

lasse, zur Sicherstellung dieser fraglichen Forderungen dient auch nach klarer Vorschrift der

L. 3 § 3 D. ut in poss. leg. (36, 4.)

eine wiederholte, gleichgültig ob qualitativ oder quantitativ ungenügende Cautionsleistung nicht gefordert werden kann, weil non oportet per singula momenta onerari eum, a quo satis petitur.

243. Trebellianische Quart.

Nicht minder mußten die für die endliche Zurückweisung des Anspruchs auf die trebellianische Quart theils geltend gemachten, theils möglicher Weise hervorzuhebenden Gründe verworfen werden. Denn

1. die Ansicht, es bedürfe zur Erhaltung des Rechts auf die trebellianische Quart außer der hier vorliegenden Anfertigung eines Inventars noch eines besonderen Vorbehalts, wird weder durch eine gesetzliche Vorschrift, noch deren Analogie unterstützt. Wenn sich Appellanten in letzterer Beziehung auf die für eine Antretung mit der Rechtswohlthat des Inventars geltenden Bestimmungen berufen, so übersehen sie, abgesehen von deren Singularität, die Verschiedenheit des Grundes und Zweckes der deßfallsigen justinianischen Verordnung und des falcidischen Gesetzes nebst seinen Erweiterungen. Ebensowenig aber macht der Inhalt des letzteren einen solchen Vorbehalt zur Nothwendigkeit. Wer ohne ihn antritt, kann angetreten haben, nicht bloß, weil er sich durch den Willen des Testirers für hinlänglich bedacht hält, sondern mit Rücksicht auf den ihm gesetzlich gebührenden Abzug: und wer selbst ohne diese Rücksicht angetreten hätte, darf die Quart dennoch fordern, weil das Gesetz ihm zur Seite steht. Der Anspruch geht nur verloren durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht. Den letzteren finden die Appellanten

2. in der Verzichtsleistung der Wittwe May vom 18. Nov. 1842 auf die ihr in dem Testamentszettel vom 4. April 1835 § 1 hinterlassenen fl. —. Denn wer dem geringeren ihm letztwillig vermachten Vortheil entsage, werde um so weniger auf den größeren noch Anspruch machen. Da aber jene fl. — jedenfalls bei Berechnung der Quart in Anrechnung kommen, so wird, wenn

diese sich höher belaufen sollte, ein Verzicht auf diesen Ueberschuß nicht anzunehmen sein, da in dem Aufgeben des Theils einer Forderung kein Verzicht auf den Rest liegt. Auch kann

3. der Folgerung der Appellanten, da die Erblasserin ihr ganzes Vermögen unter Administration gestellt habe, so verstoße der, welcher einen Theil derselben entziehen wolle, gegen § 12 des Testaments, werde dadurch seines Vorrechts und somit des Anspruchs auf die Quart verlustig, nicht beigepflichtet werden. Zwar muß in dem Gesammtinhalt der letztwilligen Verfügungen der Mohr, — — — die Disposition derselben, daß ihr ganzer Nachlaß ungeschmälert an die May'schen Kinder gelangen solle, und mithin ein stillschweigendes Verbot des Abzugs der Quart gefunden werden. Allein ein solcher ist im Rechtssinn nicht vorhanden, da es in Frankfurt schlechthin verboten ist, den Abzug der Quart zu untersagen.

Ref. IV. tit. 5 § 2. 3.

Es kann mithin die privatorische Clausel aus § 12 des Testaments, welche zur Umgehung deutlicher Prohibitivgesetze nicht benutzt werden darf, nicht zur Anwendung kommen, falls der Anspruch auf die Quart geltend gemacht wird. Wenn sodann

4. wider die Zulässigkeit des Abzugs der Umstand hervorgehoben ist, daß ihn die Kinder und Erben der Wittwe May aus dem Recht ihrer Mutter von sich selbst als Fideicommißerben des Mohr'schen Nachlasses zu fordern hätten, mithin Gläubiger und Schuldner in derselben Person zusammen träfen, so ist übersehen, daß das Recht jener Erben durch vorgängige Befriedigung der Erbschaftsgläubiger bedingt wird. Endlich ließe sich

5. noch folgender Gesichtspunkt zur definitiven Beseitigung des Rechts auf die Quart geltend machen. Das gesammte Vermögen mit Einschluß der Quart sei von der Wittwe May den Administratoren des Mohr'schen Nachlasses bereits restituirt und die Gläubiger der Ersteren, welche in Bezug auf das Vermögen der Gemeinschuldnerin kein Recht auf deren positive Thätigkeit zu dessen Vermehrung besäßen, zur Rückforderung der Quart um deßwillen nicht befugt. Allein jedenfalls war mit der Erbschaftsantretung und der faktischen Ausantwortung der Masse an die

Administratoren zugleich das Recht der Wittwe May auf Rückforderung der Quart für den Fall der Restitution zur Existenz gelangt und dieses Recht ist auf die Gläubigerschaft übergegangen.

Das Stadtgericht verwarf den Anspruch als verfrüht, da

1. das Recht, die trebellianische Quart abzuziehen, den Fiduciarerben gesetzlich zusteht, auch

2. die Gemeinschuldnerin dadurch, daß sie die fragliche Erbschaft als instituirte Erbin beneficialiter angetreten, zugleich das erwähnte Recht erworben hatte, ohne daß ein Vorbehalt bei der Erbschaftsantretung erforderlich gewesen wäre; ferner

3. der Verzicht, welchen die Gemeinschuldnerin — auf die ihr — zu verabreichen gewesene jährliche Rente von fl. 500 zu Gunsten ihrer Kinder geleistet, unmöglich auf das Recht des Abzugs der Quart ausgedehnt werden kann, demnach solches

4. als zur Zeit des Ausbruches des Concurses über das Vermögen der Gemeinschuldnerin, derselben zugestanden und als einen Theil dieses Vermögens bildend, auf die Gläubiger übergegangen und von dem solche repräsentirenden Curator und Contradictor, so weit thunlich, geltend zu machen ist, aber

5. dermalen von einer Herausgabe der Quart noch nicht die Rede sein kann, weil in Gemäßheit des Marg. Mohr'schen Testaments die Verabfolgung deren Vermögens an die Kinder der Gemeinschuldnerin als Fideicommißerben erst nach dem Tode der Mutter zu geschehen hat und mithin

6. die von dem Widerkläger zugleich beantragte Ausmittelung des Betrages der Quart und die Erörterung darüber, was in solche einzurechnen, noch zur Zeit ebenso wenig ausführbar, als rechtlich zulässig ist.

Die zweite Instanz erkannte:

Die Appellanten finden sich beschwert, daß der erhobene Anspruch auf die Trebellianische Quart nicht definitiv verworfen ist. Wenn nun aber — — die Wittwe May als Fiduciarerbin angesehen werden muß, dieselbe ferner, was Appellantin nicht bestreitet, zeitig ein Inventarium errichtet hat, die Testirerin auch, was ohnehin nach dem Frankfurter Stadtrechte nicht einmal wirksam gewesen sein würde, den Abzug der Quart nicht verboten hat, so

ist nicht daran zu zweifeln, daß die Cridarin das Recht auf die Trebellianische Quart erworben hat. Appellantin meint nun zwar, daß sie das Recht wieder verloren habe, weil sie die Erbschaft ohne Vorbehalt dieses Abzugs angetreten, sodann auch, weil sie auf die ihr angewiesene Rente von fl. 500 verzichtet habe. Denn wenn sie dadurch zu erkennen gegeben habe, daß sie sich durch die Institution genügend honorirt halte und nicht einmal das ihr ausdrücklich Zugewiesene verlange, so könne sie nicht mit der Behauptung auftreten, sie sei nicht genügend bedacht und verlange noch die Trebellianische Quart. Allein diese Gründe sind völlig unhaltbar. Die Gesetze verlangen zwar, daß der Erbe, wenn er die Quart in Anspruch nehmen wolle, ein Inventar errichte, aber sie bestimmen nicht, daß ein Vorbehalt der Quart bei der Erbschaftsantretung nothwendig sei und daß die Unterlassung desselben den Verlust zur Folge haben solle. Die Argumentation der Appellantin aus dem Zwecke der Einführung der Quart ist eine völlig verkehrte. Wenn sie deducirt, der Erbe solle dadurch bewogen werden, die Erbschaft anzutreten, welche vielleicht für ihn wenig lucrativ ist, dieser Zweck falle aber weg, wenn sich der Erbe dennoch für genügend honorirt halte und die Erbschaft antrete, so widerlegt sich diese ganze Argumentation dadurch, daß ja gerade die Rücksicht auf die Quart den Erben bestimmt haben kann, die Erbschaft anzutreten, daß auch überhaupt das Recht auf diesen Abzug dem Erben schlechthin gegeben ist und ihm daher selbst dann zugesprochen werden müßte, wenn es feststände, daß er auch, falls ihm dies Recht nicht eingeräumt wäre, die Erbschaft dennoch angetreten haben würde. Sodann kann aus dem bestimmt auf die Jahresrente von fl. 500 gerichteten Verzichte ein Verzicht auf die Quart schon aus dem Grunde nicht abgeleitet werden, weil Verzichte strikte interpretirt werden müssen. Abgesehen davon ist auch überall nicht anzunehmen, daß die Wittwe May durch jenen Verzicht die ihr sonst gesetzlich zustehenden Rechte, die sie vielleicht nicht einmal gekannt hat, habe aufgeben wollen.

CIV.

B. A. E. C. dahier, Kläger
contra
H. F. dahier, Beklagten.

Der Beklagte hatte in einer Enteignungssache das ordentliche Verfahren betreten. Da die ernannten Sachverständigen in ihrem Gutachten bedeutend divergirten, kam es zur dritten Taxation. Auf Grund der nunmehr einstimmig abgegebenen Abschätzung erließ das Stadtgericht am 19. Mai 1854 den Bescheid, daß Kläger die Differenz zwischen der jetzigen Taxation und der Abschätzung im abgekürzten Verfahren mit circa fl. 58 sammt Zinsen dem Beklagten nachzuzahlen, Beklagter jedoch $^{23}/_{24}$ der Kosten des ordentlichen Verfahrens dem Kläger zu ersetzen habe, $^{1}/_{24}$ der Kosten aber compensirt werde.

Auf Appellation des Beklagten wurde dies Urtheil bestätigt:
vom Appellationsgericht am 11. Aug. 1854,
vom Oberappellationsgericht am 27. Nov. 1854.

Das letztere Gericht verurtheilte den Beklagten, sowie dessen Anwalt wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels in eine Geldstrafe.

244. Kostenerstattung, namentlich im ordentlichen Verfahren des Enteignungsprozesses.

Wenn der Appellant behauptet, daß nach gesetzlicher Vorschrift und nach der frankfurtischen Praxis der Expropriant der Regel nach alle Prozeßkosten zu tragen und resp. zu erstatten habe und daß dies selbst im Falle erfolgloser Anträge und Appellationen des Expropriaten geschehen müsse, so ist dies unrichtig. Der § 25 des Expropriationsgesetzes vom 22. Juni 1847 legt dem Exproprianten (sub b) nur die Pflicht ob, die im abgekürzten Verfahren dem Expropriaten verursachten Kosten zu erstatten. Für das ordentliche Verfahren sowohl in erster, als in den höheren Instanzen gelten

die gewöhnlichen Grundsätze über Tragung und Erstattung der Prozeßkosten, wie dies auch vom Oberappellationsgerichte in früheren Entscheidungen mit Beziehung auf den, dem angeführten § 25 entsprechenden § 14 des älteren Expropriationsgesetzes vom 10. Januar 1837 ausgesprochen worden, z. B.

Fr. S. Taunus-Eisenbahn c. von Cotta und von Thienen 1843.

Bei Anwendung der gewöhnlichen Grundsätze konnte aber nicht anders, als auf Verurtheilung des Beklagten in alle oder doch in den bei Weitem größeren Theil der Kosten des, hier allein in Betracht kommenden ordentlichen Verfahrens erkannt werden. Die aus allgemeinen Gründen sich ergebende oberste Regel über die Tragung und den Ersatz der Prozeßkosten, welche in der

Ref. I. 35. 15.

eine ausdrückliche Bekräftigung gefunden hat, geht dahin, daß die unterliegende Parthei der Regel nach in alle Kosten zu verurtheilen sei. Nur „wenn sie billige und ansehnliche Ursache zu der Rechtfertigung gehabt haben sollte" darf eine Ausnahme gemacht werden.

Nun ist aber im vorliegenden Falle der Appellant der im ordentlichen Verfahren unterliegende Theil gewesen, ohne daß Umstände der vorbemerkten Art bestanden hätten. Ihm waren im abgekürzten Verfahren fl. — als Entschädigung zugesprochen worden. — — — Die nunmehrige Erhöhung der Taxation um fl. 58 — — — ist jedenfalls so unbedeutend, daß sie durch die Compensirung von $1/_{24}$ der Kosten genügend berücksichtigt worden ist.

Wie — — der Appellant im Allgemeinen als der im ordentlichen Verfahren unterliegende Theil und mithin als zur Kostentragung verbunden erscheint, so kann ihm auch bei den besonderen Argumenten nicht beigepflichtet werden, durch welche er ein hiervon abweichendes Resultat zu motiviren versucht. — — — —

Ebensowenig erscheint die Behauptung des Appellanten begründet, daß der Kläger die Verhandlungen unnöthiger Weise verweitläuftigt hätte. Denn die einzige hierauf bezügliche specielle Anführung des Appellanten, daß der Kläger erfolglos die Zulassung

des R. als Sachverständigen beantragt habe, ist ohne Erheblichkeit. Bei der Entscheidung über die Prozeßkosten kommt es im Wesentlichen auf das allgemeine Resultat der Verhandlungen an und nur ausnahmsweise sind einzelne Theile der Prozeßhandlungen abgesondert zu behandeln. Hier eine Ausnahme in Betreff der Vorschlagung des R. zu machen, bestand kein genügender Grund.

Mußte aus obigen Gründen die beklagtische Beschwerdeführung und zwar unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten auch dieser Instanz verworfen werden, so war auch bei der offenbaren Frivolität, mit welcher der Appellant und dessen Sachführer allein des Kostenpunktes halber eine grundlose Appellation bis in die höchste Instanz verfolgt haben, gegen Beide eine Strafe, wie im Urtheil geschehen, auszusprechen.

CV.

Franziska von Ch. dahier, Klägerin
contra
die Constantin H.'schen Erben, Beklagte.

Nachdem der Nr. LXIII. mitgetheilte Rechtsfall seine Erledigung gefunden hatte, trat Klägerin mit einer neuen Klage auf Bezahlung von fl. — für, dem Constantin H. vom Jahre 1825 — 1850 geleistete Arbeiten von Nähen, Stricken, Flicken, Waschen und für Anschaffung von hiermit in Verbindung stehenden Materialien auf. Klägerin verlangt deren Zahlung

1. schon de jure, weil sie sich mit dergleichen Arbeiten ernähre, und

2. weil der verstorbene Const. H. die Leistungen der Klägerin, sowie seine Verbindlichkeit zu deren Zahlung, eventuell wenigstens des Betrages von fl. 2400 anerkannt und Zahlung versprochen habe.

Das Stadtgericht erkannte am 19. Aug. 1853:

Klägerin wird mit ihrer Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und

35*

schuldig erkannt, den Beklagten die verursachten Prozeßkosten zu erstatten. Auf Appellation der Klägerin ließ unter Vergleichung der Kosten das Appellationsgericht am 28. October 1853 der Klägerin den alternativen Beweis nach, entweder, daß jeder einzelne Posten der eingeklagten Rechnung richtig sei, oder daß der verstorbene H. die eingeklagten Leistungen, sowie seine Verbindlichkeit zur Zahlung der eingeklagten Rechnung, eventuell eines Theiles derselben und bis zu welchem Betrage anerkannt habe.

Auf Oberappellation der Beklagten erkannte unter Kostencompensation das Oberappellationsgericht am 30. December 1854, daß die erste Beweisalternative wegzufallen habe, gegen die zweite aber den Beklagten der Beweis der Einrede nachzulassen sei, daß der Erblasser der Beklagten die von der Klägerin specificirte Forderung ganz oder theilweise bezahlt habe.

245. Einfluß des Concubinats auf die obligatorischen Verhältnisse der Concumbenten zu einander.

Die Klägerin würde an sich das Recht haben, für die specificirten Arbeiten und Auslagen und zwar für erstere auch, abgesehen von einem auf Vergütung gerichteten Versprechen des Erblassers der Beklagten, nach

L. 22 D. de praescr. verb. (19, 5)

Ersatz zu verlangen. Sie wird jedoch hiervon ausgeschlossen durch den Umstand, daß sich nicht annehmen läßt, sie habe die in Rede stehenden Verwendungen in der Absicht gemacht, gedachten Erblasser zu obligiren. Dafür spricht nämlich das Concubinatsverhältniß, in welchem sie eine lange Reihe von Jahren hindurch mit Const. H. gelebt hat. Dessen Vorhandensein ist von den Beklagten in gegenwärtigem Prozesse mit Recht als Moment geltend gemacht, um die erwähnte Absicht auszuschließen. Die Klägerin hat nämlich jenen Concubinat nicht nur in den Vorakten wiederholt, sondern auch in den gegenwärtigen Verhandlungen, insbesondere dessen langjähriges Bestehen, anerkannt und mit einer einzigen Ausnahme keine erheblichen Momente dafür angeführt, daß bei dem vorliegenden Concubinate, dessen faktisches Vorhandensein,

wenngleich solcher heutzutage verboten ist, nach der insoweit zutreffenden Analogie der bei einem ehelichen Verhältnisse zur Anwendung kommenden Grundsätze die Vermuthung begründet, daß die Concumbenten bei ihren gegenseitigen Verwendungen nicht die Absicht haben, für solche in Geld entschädigt zu werden, diese Folgen desselben haben ausgeschlossen sein sollen. Jene obgedachte Ausnahme besteht in der Behauptung der Klägerin, daß ein Anerkenntniß gedachter Verwendungen von Seiten des Erblassers der Beklagten stattgefunden habe; denn hierdurch würde offenbar die erwähnte Vermuthung ausgeschlossen und eine Verpflichtung der Erben zur Berichtigung der anerkannten Verwendungen begründet werden. Die Folgen einer solchen Anerkennung werden nicht dadurch ausgeschlossen, daß deren Annahme von Seiten der Klägerin nicht behauptet ist, indem es einer solchen hier nicht bedurfte. Dagegen versteht es sich von selbst, daß die Anerkennung der Klägerin gegenüber erfolgt sein muß, und darf deren Behauptung, wie der betreffende Beweissatz nur in diesem Sinne verstanden werden. Ebensowenig werden dieselben dadurch ausgeschlossen, daß gedachter Erblasser der Klägerin für ihre Aufopferungen an Jugend, Ehre und Schönheit angeblich fl. 2400 — zugesagt hat, die von ihr in einem früheren Rechtsstreit geltend gemacht sind, indem das letztere Versprechen und die gegenwärtig in Betracht kommende Anerkennung ihrem Inhalte nach von einander verschieden sind. Endlich werden die oberwähnten Folgen auch nicht ausgeschlossen durch die rechtskräftige Aberkennung der fl. 2400, welche als Dotation und später als Satisfaction auf Grund einer Anerkennung von Seiten des verstorbenen H. in den früheren Rechtsstreiten gefordert sind, indem der Gegenstand der jetzt klagbar gemachten Forderung von jenen verschieden ist.

Das Stadtgericht erkannte:

Den ersten Klagegrund (s. Geschichtserzählung) anlangend, so hat Klägerin sowohl in ihrer Klagsache vom Jahr 1850, als auch in ihrer ferneren Klagsache vom Jahr 1851 angegeben, daß sie während der ganzen obigen Zeit mit Constantin H. im Concubinat gelebt habe und an einer Stelle der Akten de 1851 bemerkt, sie habe Alles für H. gethan, für denselben gearbeitet, gewaschen

und genäht, ohne hierfür eine Vergütung zu verlangen und sei hierzu einzig und allein durch ihr Verhältniß zu demselben bestimmt worden. Hiernach ist denn aber von der Klägerin selbst eingeräumt, daß sie die obigen Arbeiten dem H. nicht als Näherin und Wäscherin von Profession, sondern als seine Concubine geleistet und daß sie solche nicht in der Intention, Zahlung dafür zu erlangen, sondern lediglich aus Rücksicht auf das bestandene Concubinat geliefert hat.

In Ansehung des zweiten Klagegrundes (s. Geschichtserzählung) ist Folgendes zu bemerken:

Bereits in ihren früheren Prozessen gegen die Beklagten hat die Klägerin angeführt, daß sie dem H. ihre Ehre, Jugend und Schönheit aufgeopfert, seinetwegen mehrere Parthien ausgeschlagen, Alles für ihn gethan, seine Wäsche besorgt, für ihn genäht und gestrickt, kurz nicht anders, als wie sein Eheweib mit ihm gelebt habe, — — — — daß H. auf seinem Sterbebette gegen Dritte erklärt habe, er halte sich für verpflichtet, der Klägerin als Ersatz für das, was sie für ihn aufgeopfert habe, fl. 2400 — zu geben, diese solle sie haben, er wolle ihr solche schenken. — Mit ihrem Anspruch aus dieser angeblichen Erklärung des H. ist Klägerin abgewiesen worden, weil diese Dritten gegenüber gemachte Erklärung nur eine nicht weiter in Betracht kommende Absicht des H. beurkunden würde. Vergleicht man nun mit dem Vorerwähnten das jetzige Vorbringen der Klägerin, so ist es augenfällig, daß von ihr auch hier wieder lediglich die werthlose angebliche Aeußerung des H. reproducirt wird; denn fürs Erste behauptet Klägerin nicht, H. habe einen Betrag von fl. — oder eventuell wenigstens den größten Theil dieses Betrags (offenbar jene früher erwähnten fl. 2400), für die jetzt berechneten Arbeiten und Anschaffungen zu zahlen versprochen, sondern „für ihre Leistungen.“ Unter diesen ist aber zufolge ihrer früheren Vorträge namentlich und hauptsächlich ihr Concubinatsverhältniß zu H. verstanden und inbegriffen. Sodann aber fehlt, während die früher erwähnte Erklärung des H., zahlen zu wollen, ausdrücklich als Dritten gegenüber gemacht, dargestellt war, auch jetzt die Angabe, daß und wie es sich mit dem angeblichen, vorliegenden Zahlungsversprechen anders verhalte und

daß es der Klägerin selbst gegeben worden sei, daher auch hier nur eine gegen Dritte gemachte Erklärung des H. als behauptet betrachtet werden kann.

Das Appellationsgericht erklärte die von der Klägerin früher geführten Prozesse als ohne Einfluß auf die dermalen gemachten Forderungen und führte dann weiter aus:

Es ist unbestritten, daß Klägerin lange Jahre mit dem verstorbenen H. im Concubinate lebte und während dieses Zeitraums ihm mancherlei Dienste geleistet hat. Ein solches ohnehin verpöntes Verhältniß gibt aber keinem der Betheiligten ein Recht auf unentgeltliche Dienstleistungen des Anderen, und wenn die Klägerin in den früheren Prozessen dieser Dienstleistungen mit dem Bemerken erwähnt: sie sei einzig und allein durch ihr Verhältniß zu H., mit dem sie nicht anders, als wie sein Eheweib gelebt habe, bestimmt worden, diese Arbeiten zu verrichten, ohne eine Vergütung von ihm zu verlangen, — so folgt hieraus nicht, daß sie unter allen Verhältnissen und für immer auf jeden Ersatz verzichtet habe. Es liegt vielmehr die Vermuthung vor, daß sie durch diese Lebensweise ihre Zukunft entweder durch Ehelichung mit H. oder auf andere Weise möglichst sichern wollte. Es blieb ihr aber das Recht, von H. selbst für erweislich geleistete Arbeiten Zahlung zu fordern und jetzt, nach dessen Ableben, von den Erben.

246. Begründung der Einrede der Zahlung.

Es mußte das vorige Erkenntniß auf Grund der eventuellen Beschwerde der Beklagten, daß ihnen der Beweis der in der Vernehmlassung vorgeschützten Einrede der Zahlung nicht nachgelassen sei, abgeändert werden. Der Einwand der Klägerin, es fehle dem Vorbringen an ausreichender Begründung, da nicht ersichtlich, auf welche Posten die Zahlung geleistet sei, war zu verwerfen. Die Behauptung der Beklagten geht nicht auf geleistete Abschlagszahlungen, sondern dahin, daß ihr Erblasser die Klägerin für deren einzelne Arbeiten in Geld entschädigt und deren Auslage vergütet habe, wobei es nach Lage der Sache nicht als Mangel angesehen werden darf, daß nicht angegeben ist, wenn die einzelnen Zahlungen geleistet seien.

CVI.

Anna Maria H. aus Erbach bei Camberg, Klägerin
contra
Johann Peter H. dahier, Beklagten.

Klägerin erhebt Klage auf Vollzug der Ehe, eventuell auf Entschädigung von fl. 1000, weil Beklagter ihr die Ehe versprochen und mit ihr den Beischlaf vollzogen habe. Beklagter leugnet das Eheversprechen, und schützt die Einreden vor, daß eines Theiles Klägerin auf das Eheversprechen verzichtet (diese Einrede wurde als nicht gehörig circumstantiirt verworfen), andern Theiles anderweiten geschlechtlichen Umgang gepflogen habe.

Das Stadtgericht erkannte am 2. Nov. 1853

1. auf Beweis und zwar

a. der Klägerin, daß der Beklagte ihr die Ehe versprochen habe;

b. des Beklagten, daß die Klägerin anderweiten geschlechtlichen Umgang gepflogen habe.

2. Für den Fall, daß Klägerin den ihr auferlegten Beweis, nicht aber Beklagter den ihm nachgelassenen Beweis erbringe, so soll derselbe schuldig sein, binnen einer zu bestimmenden Frist, die Klägerin zu ehelichen oder nach dem fruchtlosen Ablauf dieser Frist ihr, der Klägerin, eine Entschädigung von fl. 300 zu verabreichen, auch in ein oder dem andern Falle derselben die Streitkosten zu ersetzen.

3. Für den Fall, daß Beklagter den ihm nachgelassenen Beweis erbringe, so soll die Klägerin unter Verurtheilung in die Kosten mit ihrer Klage ab- und zur Ruhe gewiesen werden.

Auf Appellation der Klägerin bestätigte unter Verurtheilung derselben zum Kostenersatze das Appellationsgericht am 1. Febr. 1854 das stadtgerichtliche Urtheil. Auf Oberappellation der Klägerin erkannte das Oberappellationsgericht am 30. Dec. 1854 bestätigend, nur wurde die eventuelle Entschädi-

gungssumme auf fl. 500 erhöht. Die Kosten der vorigen und jetzigen Instanz wurden zur Hälfte compensirt, zur andern Hälfte der Klägerin zu ersetzen auferlegt.

247. Ausnahmen von der Regel „qui excipit non fatetur".

Die erste Beschwerde der Klägerin, daß ihr noch Beweis des ihrem Klaganspruche zu Grunde liegenden Eheversprechens angesonnen worden, ist offenbar unbegründet, da Beklagter excipiendo Ertheilung, wie Wiederholung der Ehezusage bestimmt geleugnet hat und aus der von ihm nur eventuell vorgeschützten Einrede des Verzichtes ein Zugeständniß um so weniger herzuleiten steht, als nicht bloß der Fall hier überall nicht vorliegt, auf welchen sich das klägerischer Seits geltend gemachte Präjudicat des Oberappellationsgerichts

in S. Schw. c. Schw. de 1853 (vergl. oben p. 105) bezieht, daß nämlich dasjenige, was ein Beklagter zur Begründung der einen von ihm vorgeschützten Einrede vorgebracht hat, zugleich zur Beseitigung einer anderen Einrede dienlich ist, sondern auch die Regel „qui excipit non fatetur" nur dann, was hier gleichfalls nicht zutrifft, eine Ausnahme erleidet, wenn entweder gerade aus denselben Thatsachen, auf welche der Kläger seinen Anspruch gestützt hat, eine Einrede hergeleitet ist, oder wenn diejenigen Thatsachen, welche der Beklagte zu Begründung seiner Einrede angeführt hat, zugleich die Wahrheit des Klagfundaments bekunden.

Das Appellationsgericht erkannte:

1. die exceptivische Behauptung des Beklagten: „die Klägerin habe sowohl schriftlich, wie mündlich erklärt, der Beklagte habe ihr die Ehe nicht versprochen und sie verzichte auf alle Ansprüche an ihn," enthält keineswegs die Einräumung des auf dem behaupteten Eheversprechen beruhenden thatsächlichen Klaggrundes, weßhalb von der Auslegung des Grundsatzes „qui excipit non fatetur" im Sinne der Klägerin in concreto keine Rede sein kann.

248. Einrede, es sei die Verlobte unerlaubten Umgangs mit anderen Männern schuldig.

Die zweite Beschwerde der Klägerin über den dem Beklagten annoch nachgelassenen Beweis war, obwohl nicht ganz so zweifellos, gleichfalls zu verwerfen. Bei der aus einem wirklichen Eheverlöbnisse auf Ehelichung angestellten Klage im Gegensatze der gewöhnlichen Stuprationsklage, bei welcher der Vollzug der Ehe weniger eine Pflicht, als eine alternative Befugniß des Beklagten ist, wird man freilich den Einwand, es sei die Verlobte unerlaubten Umgangs mit anderen Männern schuldig, und dadurch ihr Anspruch aus dem Eheversprechen verwirkt, dem andern Theile zum Rücktritte ein Recht gegeben, als wirkliche Einrede zu behandeln haben, deren Fundament, insofern es sich um die Zeit nach erfolgtem Eheversprechen handelt, in der Verletzung der Verlöbnißtreue und falls der fragliche unerlaubte Umgang schon vorher stattgefunden hat, wesentlich darin liegt, daß die Jungfräulichkeit der Verlobten irrthümlicher Weise von dem andern Theile vorausgesetzt war, oder deren ihr selbst nothwendig bekannter Mangel doloser Weise dem letzteren verheimlicht worden ist. Es kommt mithin hier wesentlich auf ein internum an, nicht aber bloß auf das äußere Faktum, daß ein geschlechtlicher Umgang mit Anderen nachweislich sei, welches in letzterem Falle ohne Hinzutritt des Irrthums oder Dolus nicht genügt, in ersterem, dafern nur die Verlöbnißtreue verletzt wurde, nicht unerläßlich ist. Darnach gewinnt es denn allerdings den Anschein, als ob der Klage aus dem Eheversprechen gegenüber gedachter Einwand, um beachtet werden zu können, nothwendig nach Ort und Zeit und allen sonst für die Beurtheilung erheblichen objectiven und subjectiven Momenten näher substantirt werden müsse, als ob insbesondere darüber eine Angabe nicht fehlen dürfe, daß man über das dem Eheversprechen vorangegangene Verhalten der Verlobten in Unkenntniß gewesen, resp. gehalten worden sei. Hierüber aber fehlt es in dem beklagtischen Vorbringen an aller Angabe und ist auch sonst dasselbe von dem Vorwurfe zu vager Allgemeinheit um so weniger freizusprechen, weil Beklagter bei den gegen die Klägerin erhobenen Vorwürfen nur der Zeit vor und nach dem mit ihm selbst stattgehabten Bei-

schlafe, nicht aber, worauf es doch ankäme, vor oder nach der Ehezusage gedenkt.

Wie indessen Letzteres daraus sowohl erklärlich ist, als duplicando vom Beklagten erklärt wird, daß er jedes Eheversprechen in Abrede stellt, so läßt sich zunächst schon dies nicht verkennen, daß es bei gedachtem Vorwurfe sich auf Seiten des Beklagten wesentlich um facta aliena handelt, deren wahrer Verhalt auch für ihn erst durch die Beweisführung selbst sich herausstellen wird. Sodann hat Klägerin selbst durch die Behauptung der Klagschrift, durch das Eheversprechen zu Fall gebracht zu sein, dasselbe mit dem Beischlafe in Connexität gesetzt, auch behauptet, daß vor und nach ihrer Niederkunft — — das Eheversprechen wiederholt worden sei, und kann daher das duplikarische Angeben des Beklagten, es habe Klägerin vor, wie nach seinem Beischlafe mit derselben und vor, wie nach — ihrer Niederkunft bis in die neueste Zeit unerlaubten Verkehrs mit anderen Männern sich schuldig gemacht, nur dahin verstanden werden, daß er die Ungültigkeit, resp. fernerweite Unverbindlichkeit des Eheversprechens aus dem vorher, wie seitdem beobachteten Verhalten der Klägerin herleitet und zu beweisen gesonnen ist. Endlich kommt in Betracht, daß, sobald ein anderweiter geschlechtlicher Umgang der Klägerin, worauf das Beweisthema lautet, nachgewiesen wird, die Verletzung der Verlöbnißtreue in dem Falle, wenn dies nach dem Eheversprechen geschehen wäre, feststeht, falls aber für die frühere Zeit ein derartiger Umgang mit Anderen nachgewiesen würde, dann eine solche Präsumtion dafür sprechen würde, es sei der Mangel jungfräulicher Ehre der Klägerin dem Beklagten unbekannt gewesen, und das Eheversprechen, wenn nicht durch deßfallsiges Verschweigen doloser Weise herbeigeführt, doch aus jenem wesentlichen Irrthum gegeben worden, daß Klägerin nur dann zu obtiniren vermöchte, wenn sie ihrerseits nachweisen könnte, was sie jedoch replicando gar nicht behauptet hat, daß Beklagter von ihrem früheren Umgange mit Anderen schon vor und bei dem Eheversprechen Kenntniß von ihr erhalten oder anderweit gehabt hätte. Unter solchen Umständen erschien es dann, obschon der gedachten Einrede der Vorwurf mangelnder näherer Substantiirung nicht ohne allen Grund gemacht ist, so zulässig,

als angemessen, es bei dem angefochtenen Beweise um so mehr zu belassen, als je nach dessen Ergebnisse sich erst wird beurtheilen lassen, auch die Entscheidung darüber frei und offen bleibt, ob der Klägerin im Verhältnisse zu anderen Männern ein solches Verhalten zur Last falle, welches sie der aus der Ehezusage gewonnenen Ansprüche verlustig mache.

249. Bestimmung der Satisfactionssumme wegen Nichtvollzugs eines Eheversprechens.

Der dritten Beschwerde der Klägerin war wenigstens theilweise Folge zu geben. Zwar wäre die ihr eventuell zuerkannte Entschädigung von fl. 300 im Verhältniß zu dem schon jetzt zu des Beklagten freier Disposition stehenden Vermögen von fl. 1200, sowie von dem Gesichtspunkte aus, daß der Klägerin nur eine ihrer bürgerlichen Stellung und Vermögenslage entsprechende anderweite Ehe durch Dotation erleichtert werden solle, für zu gering nicht zu erachten. Allein bei der wegen Nichtvollzuges eines Eheversprechens aufzuerlegenden Entschädigung ist wesentlich davon auszugehen, daß für alle aus der zugesagten Ehe zu gewärtigenden Vortheile thunlichster Ersatz der Verlobten zu Theil werden muß, und daher nicht sowohl auf deren Bedürfnisse oder des anderen Theiles dermalige Leistungsfähigkeit, als vielmehr wesentlich auf des Letzteren gesammte Verhältnisse in pecuniärer, wie sonstiger Beziehung Rücksicht zu nehmen, da die Verlobte durch den Eheschluß in solche mit eintreten würde. Kann dies nun auch nicht dahin führen, daß von dem laufenden Verdienste, welchen der die Ehe weigernde Theil durch persönliche Thätigkeit bezieht, eine gewisse Rate der Verlobten gleichsam als Alimente zuerkannt, oder daß nach der Höhe und muthmaßlichen Sicherheit solches Verdienstes die Entschädigungssumme bestimmt werde, und ist es gleich ferner bei der factisch und juristisch vorhandenen Unverläßlichkeit aller Erbschafts-Aussichten noch weniger thunlich, den Betrag desjenigen Vermögens, welches möglicher oder wahrscheinlicher Weise künftig durch Erbgang zufallen dürfte, als maßgebend für Bemessung der Entschädigungssumme zu behandeln, so kommt doch Beides als ein das arbitrium judicis bestimmendes Moment

billig insofern in Betracht, als die eheliche Verbindung mit einem Manne, welcher sowohl nach seinem dermaligen Einkommen, als im Hinblick auf die Zukunft zu den wohlhabenderen seines Standes zu zählen wäre, für die Verlobte von erhöhtem Werth und ihr gerade dann doppelt erwünscht sein muß, wenn sie nach ihrem Stande, Herkommen und Vermögen, wie hier, eine ähnliche und gleich gute Versorgung kaum zu erwarten gehabt hätte. Wie großes Gewicht daher darauf zu legen sein mag, daß beide mit allen dortigen Lebensverhältnissen vertraute Localgerichte die hier zuerkannte Summe von fl. 300 als ausreichend erachtet haben, so konnte es doch, da diese Entschädigung zunächst nur nach den persönlichen Verhältnissen der Klägerin und nach dem actuellen Kapitalvermögen des Beklagten bemessen worden ist, kein Bedenken haben, selbige ex aequo et bono für den Fall zu erhöhen, daß das Eheversprechen als wirklich ertheilt und zugleich der gegen die Klägerin erhobene Vorwurf als grundlos sich erwiese. Ein Beweisverfahren zu solchem Behufe erst noch gebetener Maßen einzuleiten, lag aber kein ausreichender Grund vor, da einestheils hierzu die klägerischen Angaben darüber, welchen Nebenverdienst Beklagter in dem Geschäfte — habe, zu vag und unbestimmt waren, anderntheils für diejenige Berücksichtigung, welche dessen derzeitige Einnahme als Commis und dessen muthmaßlicher Erbtheil finden kann, darauf wenig ankommt, ob jene fl. 4 oder fl. 5 per Woche, letzteres — — — — — — betragen möchte, der dieserhalb obwaltende Streit sonach für irrelevant zu erachten ist und aus solchem Grunde zur Beweisauflage ungeeignet erscheinen mußte. Vielmehr war, ohne Weiteres die Entschädigungssumme in einer dem gesammten Sachverhalt entsprechenden Weise festzustellen und wenigstens zur Hälfte der von der Klägerin erhobene Satisfactionsanspruch von fl. 1000 anzuerkennen, um so unbedenklicher, als die nach des Beklagten eigenem Geständnisse und Anerbieten für die Klägerin selbst, wie für das Kind bisher geleisteten, resp. fernerweit zugesagten nicht unerheblichen Zahlungen die Wohlhabenheit des Beklagten ebensosehr außer Zweifel stellen, als die von ihm über sein Verhältniß zur Klägerin gemachten Angaben der Wahrscheinlichkeit darnach entbehren.

Das Stadtgericht ging von der Erwägung aus, daß

4. die von der Klägerin eventuell angesprochene Entschädigung sowohl nach den Vermögensumständen des Beklagten, als nach den persönlichen Verhältnissen der Klägerin zu bemessen ist und in der ersten Beziehung weder der ungewisse zukünftige Erbtheil des Beklagten, noch dessen zufälliger momentaner Erwerb und vielmehr dessen eigenthümliches Vermögen von fl. 1200 hauptsächlich in Betracht kommt, daher die gedachte Entschädigung auf fl. 300 zu bestimmen sein wird.

Das Appellationsgericht erkannte:

3. Eine Entschädigung von fl. 300 im Falle des Nichtvollzugs der Ehe entspricht unter allen Umständen den beiderseitigen Verhältnissen.

Systematisches Register.

I. Civilrecht.

Hauptstück I.

Allgemeine Lehren.

A. Rechtsquellen, deren Gültigkeit, Auslegung und Anwendung.

1. Prüfung der Gültigkeit eines Gesetzes. — a) Gültigkeit der Beisassenordnung vom 5. Juni 1708 Nr. 191 cf. Nr. 148. — b) Rathsverordnung vom 7. Juni 1774 Nr. 190.

2) Gesetzauslegung. a) Ref. I. tit. 39, § 7, 8, 13 u. 14 u. das Gesetz vom 15. Dec. 1829. Nr. 37, 93, 31. — b) Ref. IX. tit. 4. §. 4 u. 7 Nr. 40. — c) Rathsverordnung vom 15. Sept. 1814. Nr. 109. — d) Jüngster Reichsabschied §. 37, Nr. 137. 197. — e) Gesetz vom 8. Juli 1817 §. 4. Nr. 202. — Vergl. diesen Abschnitt sub. 5. c.

3. Gewohnheit. Versuchter Beweis eines Gewohnheitsrechtes r. 41.

4) Zeitliche Gränzen der Wirksamkeit eines Gesetzes. Rückwirkende Kraft eines Gesetzes Nr. 39.

5) Statutencollision. a) Locus regit actum Nr. 22. — b) Die Regel „locus regit actum" kann nur durch eine wirkliche Einrede in Anwendung gebracht werden Nr. 28. — c) Anwendung und Auslegung ausländischer Gesetze: a) Durch den Eintritt in österr. Militärdienst wird das Staatsbürgerrecht nicht erworben Nr. 24. — b) Solidarverbindlichkeit nach §. 891 des österr. bürgerl. Gesetzbuches Nr. 156. — c) Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch §. 1396 Nr. 25. — d) Das K. K. österr. Patent vom 2. Juni 1848, nach welchem bei allen Zahlungen die österr. Banknoten einen Zwangscours haben Nr. 29.

B. Von den Personen.

1) Ist das Kind, das früher als 182 Tage nach geschlossener Ehe geboren wurde, legitim? Nr. 231. — 2) Vollmacht der Mündel Nr. 118. 3) Einrede der Minderjährigkeit Nr. 24.

C. Von den Handlungen.

1) Stillschweigender Verzicht auf Entschädigung für die während einer Reihe von Jahren in den Abrechnungen zweier Contrahenten mit Stillschweigen übergangenen Leistungen. Nr. 139. — 2) Verzicht auf eigenes Recht durch Handeln im Namen Dritter. Nr. 151. — 3) Auslegung der Worte nach deren Sinn im gewöhnlichen Leben Nr. 66. — 4) Die Bedingung, wenn eine Person eine Schuld bezahle, wird als erfüllt angenommen, wenn auch die Zahlung durch den Nachlaß dieser Person geschehen ist Nr. 236. 5) Grobes Verschulden bei Contraktsverhältnissen Nr. 14. — 6) Grobe Fahrlässigkeit in Betreff der Erwerbung eines Wechsels Nr. 175. — Vergl. über dolus Nr. 223.

Hauptstück II.

Dingliche Rechte und deutsche Realgerechtsame.

1. Eigenthum. a) Das Baustatut cap. VII §. 7. Nr. 18. — b) Ref. IX tit. 4 §. 4 u. 7 Nr. 40. — c) Wer muß bei dem Umbau eines Hauses dasselbe und des Nachbarn Haus sprießen lassen Nr. 159. Vergl. dieses Hauptstück sub. 2. b. d) Testamentarische Verfügung, die Substanz des Vermögens bis zu einem Zeitpunkt nicht anzugreifen Nr. 157.

2. Dienstbarkeiten. a) Bloße Veränderung und Erhöhung der Erdfläche (Terassenanlage) gehören eben so wenig, wie Anpflanzungen zu dem Begriffe eines Baues. Nr. 19. — b) Bedeutung des Wortes „Lasten" in Kaufbriefen Nr. 58. — c) Interdictum quod vi aut clam in Verbindung mit dem petitorium Nr. 20. —

3) Pfandrecht. a) Cession und Verpfändung einer Hypothek Nr. 72. — b) Nichtvorhandene specielle Bezeichnung des Pfandobjekts Nr. 186. — c) Einrede des mangelnden Pfandbriefes und der nicht vorhandenen Pfandspecification Nr. 184. — d) Verpflichtung des Faustpfandgläubigers Nr. 183. — Vergl. über Verpfändung von Staatspapieren Hauptstück VII sub 3. e) Einrede des in fraudem der lex commissoria geschlossenen Vertrages. Nothwendigkeit einer Simulation Nr. 167. — f) Der Creditor erwirbt durch die von dem Executor vorgenommene Veräußerung des pignus judiciale das Eigenthum an dem Erlös, sobald der Executor denselben in Besitz nimmt Nr. 176. — g) Erlöschung des gesetzlich generellen Pfandrechts durch Veräußerung des Gegenstandes Nr. 68. — h) Pacht- und Miethgelder während des Insatzausklageprozesses Nr. 239.

Hauptstück III.

Das Recht der Obligationen.

1te Abtheilung. Das Allgemeine.

A. Verschiedenheit der Obligationen nach den Personen.

1. Solidarverbindlichkeit nach §. 891 des österr. bürgerl. Gesetzbuches Nr. 156. — 2. Einrede der Theilung Nr. 22.

B. Gegenstand der Obligationen.

1. Zinsen. a) Zinsenanspruch N. 205. — b) Zeitdauer u. Betrag der Zinsenvergütung Nr. 208. — c) Nicht erwähnte Zinsen bei der Ratihabition eines nichtigen Geschäftes Nr. 7. — d) Zinsenvergütung bei Depotgeschäften Nr. 187. — e) Schadensersatz. Verzugszinsen Nr. 214. — f) Gültigkeit des freiwillig gezahlten sechsten Zinsgulden nach Frankf. Recht Nr. 107. — g) Prozeßzinsen. Usurae ultra alterum tantum. Compensation. Mangelnde Zahlungsfrist Nr. 200. — h) Werden Verzugszinsen durch das bloße Zahlungsanbieten gehemmt? Nr. 215. — i) Quartalabschlüsse laufender Rechnungen und Provisionsberechnung ohne Rücksicht auf den Rechnungsstand fallen unter den Begriff des Zinswuchers Nr. 169.

2. Schadensersatz. a) Schadensersatz. Verzugszinsen Nr. 214. — b) Stillschweigender Verzicht auf Entschädigung Nr. 139. c) Entschädigungsanspruch wegen Körperverletzung. Beweis der Beschädigung. Eid über die Höhe der Entschädigungssumme Nr. 77. — d) Schadensersatz als Incidentantrag zuerst in höherer Instanz gefordert Nr. 120. — e) Wer haftet dafür, daß ein Bau dadurch, daß er nicht den dem Nachbar überreichten Rissen gemäß errichtet wurde, Schaden verursacht Nr. 161.

C. Erfüllung der Obligationen.

1. Zahlung. a) Zahlung gegen Abzug von Sconto Nr. 70; — b) Klausel, „sobald es meine Vermögensverhältnisse erlauben Nr. 221. — c) Einrede der Zahlung in allgemeinen Worten bei Verhältnissen vorgeschützt, bei denen man sich nicht genauer auszudrücken im Stande ist Nr. 71. — d) Begründung der Einrede der Zahlung Nr. 246.

2. Auswahl des Gegenstandes bei alternativen Obligationen. Alternative Verbindlichkeit des Schuldners Nr. 11.

3. Zeit der Erfüllung. a) Klaganstellung vor der Fälligkeit der Forderung Nr. 70 cf. Nr. 21. — b) Zeitbestimmung zu Gunsten des Schuldners beigefügt Nr. 71. —

D. Entstehung der Obligationen.

1. Vom Gegenstand der Verträge. a) Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages zwischen hier verbürgerten und nicht verbürgerten Personen Nr. 148. Nr. 191. — b) Theilung des Gewinnes bei unerlaubten Geschäftsverbindungen Nr. 192. — c) Der mit Rücksicht auf den ungültigen Hauptvertrag abgeschlossene Nebenvertrag hat keine Wirksamkeit Nr. 193. — d) Nicht erwähnte Zinsen bei der Ratihabition eines nichtigen Geschäftes Nr. 7. — e) Entsteht ein Geldanspruch aus der Wartung und Pflege eines kranken Verwandten Nr. 138. — f) Aufwendungen bei einem Begräbniß Nr. 190. — g) Ausdehnung des Wuchers auf einen unentgeltlichen Gewinn an einem Geschäfte, der Gewinn mag bereits gemacht sein oder noch in Hoffnung stehen Nr. 108.

2. Vom Willensakte bei Verträgen. cf. Hauptstück I. C. a) Welches Geschäft gilt bei Simulationen unter den Contrahenten? Nr. 129. — b) Folgen der Annahme von Abrechnungen Nr. 143. — c) Durch das Versprechen des Großjährigen, die während der Minder-

jährigkeit gemachten Darlehn zu bezahlen, verzichtet derselbe auf die Einrede der Minderjährigkeit Nr. 6. — d) Einfluß des Concubinats auf die obligatorischen Verhältnisse der Concumbenten zu einander Nr. 245. e) Bestimmung der species bei dem Hingeben eines genus Nr. 34. —

3. Verbindlichkeit zur Evictionsleistung: a) Verjährung von Jahr und Tag bei der Eviction Nr. 57. — b) Bedeutung des Wortes „Lasten" in Kaufbriefen Nr. 58. — c) Haftet der Verkäufer eines Grundstückes für Realservituten, von denen keine Anzeige gemacht worden ist? Nr. 59.

4. Rescission wegen Verletzung über die Hälfte. Verzicht auf die exceptio laesionis enormis Nr. 168.

5. Auslegung der Verträge. a) Bestimmung der Mehrheit, wenn die Zusage auf eine bloße Mehrheit gerichtet ist Nr. 61. — b) Auslegung einer Aeußerung in einem dem Betreffenden günstigsten Sinn Nr. 6. — c) Auslegung der Worte nach deren Sinn im gewöhnlichen Leben Nr. 66.

6. Wirkung der Verträge. Verzicht auf eigenes Recht durch Handeln im Namen Dritter Nr. 151.

E. Von der Erlöschung der Obligationen.

1. Durch Compensation. a) Illiquide Gegenforderungen können liquiden Ansprüchen gegenüber nicht compensirt, wohl aber retinirt werden Nr. 81. Nr. 142. — b) Begründung einer Einrede. Aussetzung der Beweisführung derselben bis nach erbrachtem Beweise der Klage. Ausnahme bei der exc. comp. Nr. 94. — c) Forderungen compensando vel reconveniendo geltend gemacht Nr. 238.

2. Durch Novation. a) Angabe der causa debendi antecedens bei der Novation. Instrumentum indiscretum. Gegenstand der Beweisführung Nr. 103. — b) Wegfallen der exc. non num. pec. bei der Novation Nr. 102. — c) Bloße Prolongation entbehrt des novativen Charakters Nr. 188. — d) Eine s. g. Immobiliarschuld kann nur durch Novation zu einer chirographarischen werden Nr. 189. — e) Beweiskraft der Schuldscheine über Darlehn durch Novation früherer Forderungen Nr. 100.

3. Durch andere Erlöschungsarten. In wiefern wird Vertragsaufhebung durch vertragswidriges Thun oder Lassen bewirkt? Nr. 130.

F. Von der Cession der Forderungen.

1. Cession und Verpfändung einer Hypothek Nr. 72. — 2. Cession von Forderungen in Pausch und Bogen mit der dem Cessionar ertheilten Befugniß, sich bis zum Belaufe einer bestimmten Summe aus den debita cessa zu befriedigen Nr. 178. 3. Einfluß des Concurses hierauf Nr. 179. — 4. Cessionsurkunde in blanco Nr. 25. — 5. Indossament in blanco Nr. 8. — 6. Cession der accrescirten Erbschaft Nr. 67. — 7. Vorzug des älteren Cessionars Nr. 68. — 8. Widerklage gegen den Cessionar aus der Person des Cedenten Nr. 82.

G. Von den Klagen aus der Obligation.

Klage aus dem Contrakt. Entschädigungsklage Nr. 69.

Zweite Abtheilung. Einzelne Obligationen.

A. Von Obligationen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen.

(Vergl. unten Hauptstück VII.)

1. Vom Darlehn. a) Abrechnung als Schuldgrund des Darlehns Nr. 101. — b) Ein Wechsel, für sich allein betrachtet, enthält keinen Beweisgrund für ein gegebenes Darlehn Nr. 8. — c) Ratihabition der während der Minderjährigkeit gemachten Darlehn Nr. 6. — Vergl. die erste Abtheilung dieses Hauptstückes sub. B. 1.

2. Von der Sequestration. a) Sequestration. Auslobung, deren Acceptation Nr. 113. — b) Bedeutung der sequestratio voluntaria bei der Auslobung Dritten gegenüber Nr. 114. — c) Voraussetzungen der sequestratio Nr. 115.

3. Vom Kaufe. a) Klage aus dem Contrakte. Entschädigungsklage Nr. 69. — b) Einrede des in fraudem der lex commissoria geschlossenen Vertrages Nr. 167.

4. Von der Dienstmiethe. a) Stillschweigende Genehmigung eines Baues von Seiten des Bauherrn, dem Baumeister oder dem betreffenden Handwerksmeister gegenüber Nr. 47. — b) Verpflichtung des Baumeisters für alle Sorgfalt einzustehen Nr. 49. c) In Bezug auf die Haftungspflicht des Baumeisters macht es keinen Unterschied, ob derselbe unentgeltlich oder gegen Lohn seine Leistungen verrichtet hat Nr. 48. — d) Der Baumeister kann sich bei Fehlern, für die er verantwortlich ist, nicht damit entschuldigen, daß der Eigenthümer des Baues zur Abwendung von Nachtheilen Nichts gethan habe Nr. 50. —

5. Von der Führung fremder Geschäfte. a) Präsumtive Mandatare aus Verwandtschaftsverhältnissen gibt es nur im Prozeß, nicht bei anderen Rechtsgeschäften Nr. 160. — b) Einrede der stillschweigenden Billigung Nr. 47. — c) Commission und Spedition vergl. Hauptstück VII Nr. 2. — Negotiorum gestio. d) Ist bei der negotiorum gestio das Geschäft aus Gewinnsucht und bloß um eigenen Vortheils willen besorgt worden, so fällt der Entschädigungsanspruch des Geschäftsführers hinweg Nr. 215. — e) Aufwendungen bei einem Begräbniß Nr. 190.

6. Von den Obligationen aus der Rechtsgemeinschaft. a) Gesellschaftsvertrag zwischen hier verbürgerten und nicht verbürgerten Personen Nr. 191. Nr. 148. — b) Theilung des Gewinnes bei unerlaubten Geschäftsverbindungen Nr. 192.

7. Von den Schenkungen. a) Widerruf einer Schenkung wegen Schuldenmachens. Donatio sub modo. Erfordernisse und Widerruf wegen Undanks Nr. 86. — b) Die Insinuation der Schenkung muß vom Richter ex officio berücksichtigt werden. Insinuation des schenkweisen Nachlasses von Forderungen Nr. 87. — c) Nicht die Absicht, sondern die Ausführung einer Schenkung kann Gegenstand einer Beweisauflage sein Nr. 146.

8. Von Verträgen zur Schlichtung zweifelhafter Rechtsverhältnisse. Erlöschung des Compromisses durch den Tod einzelner Schiedsrichter. Rechtsverhältnisse bei Preisrichtern Nr. 116.— 9. Von den Intercessionen. a) Fidejussio indemnitatis Nr. 219. — b) Bürgschaftsschuld des einen Ehegatten als Eheschuld Nr. 74. Vergl. auch Bürgschaft p. 182.

B. Obligationen aus Vergehen und anderen unerlaubten Handlungen.

1. Vom damnum injuria datum. a) Entschädigungsanspruch wegen Körperverletzung. Beweis der Beschädigung. Eid über die Höhe der Entschädigungssumme Nr. 77. — b) Ein Criminalurtheil kann bei dem Nichtvorhandensein einer Adhäsion dem Civilverfahren nicht präjudiziren Nr. 105. — c) Wer haftet dafür, daß ein Bau dadurch, daß er nicht den dem Nachbar überreichten Rissen gemäß errichtet wurde, Schaden verursacht? Nr. 161.

2. Von den gewaltsamen oder verheimlichten Veränderungen mit Grundstücken. Interdictum quod vi aut clam in Verbindung mit dem petitorium Nr. 20.

3. Von der Entschädigungsforderung aus dem außerehelichen Beischlaf. a) Einfluß des Concubinats auf die obligatorischen Verhältnisse der Concumbenten zu einander Nr. 245. — b) Vermuthung für eine Verführung Nr. 144. — Vergl. auch unten Obligationen aus der unehelichen Vaterschaft.

C. Von den übrigen vermischten Fällen der Obligationen.

1. Obligationen aus der unehelichen Vaterschaft. a) Entschädigungsklage wegen Entziehung der jungfräulichen Ehre und Klage auf Dotation wegen Eheversprechens Nr. 64. — b) Entschädigung pro defloratione ex judicati actione Nr. 63. — c) Bestimmung der Satisfactionssumme pro defloratione Nr. 145. — d) Rechtsbeständigkeit der Privatvergleiche in Schwängerungssachen Nr. 173. — e) Hat die außerehelich Geschwächte Erbrechte an dem Vermögen des Stuprators Nr. 228. — f) Ist das Kind, das früher als 182 Tage nach geschlossener Ehe geboren wurde, legitim? Kann dasselbe die Rechte eines außerehelichen Kindes beanspruchen Nr. 231.

2. Obligationen aus der Bereicherung auf Kosten eines andern. a) Rückforderungsklage aus Wuchergeschäften. Begriff des Wuchers. Gehört zu demselben Benutzung der Noth des Schuldners? Nr. 106. — b) Ausdehnung des Wuchers auf einen unentgeltlichen Verzicht an dem Gewinn eines Geschäftes, der Gewinn mag bereits gemacht sein oder noch in Hoffnung stehen. Nr. 108. — c) Quartalabschlüsse laufender Rechnungen und Provisionsberechnung ohne Rücksicht auf den Rechnungsstand fallen unter den Begriff des Zinswuchers Nr. 169. — d) Daraus, daß ein Wechsel nicht bezahlt wird, folgt nicht nothwendig, daß der Aussteller des Wechsels sich auf Kosten des Wechselinhabers bereichert habe Nr. 9. — e) Beweis bei der exceptio indebiti Nr. 234. —

Hauptstück IV.

Die Familienrechte.

A. Von der Ehe.

1. Von Eingehung der Ehe. Sponsalien. a) Einrede, es sei die Verlobte unerlaubten Umgangs mit anderen Männern schuldig Nr. 248. — b) Bestimmung der Satisfactionssumme wegen Nichtvollzugs eines Eheversprechens Nr. 249.

2. Von der Ehescheidung. a) Zuchthausstrafe als Ehescheidungsgrund Nr. 1. — b) Haß und fortgesetzte grobe Beleidigung als Ehescheidungsgründe Nr. 170. — c) Harte Mißhandlung und grobe Beleidigung als Ehescheidungsgründe Nr. 212. — d) Begründung der Ehescheidungsklage aus dem Ehebruch. Einrede der Verzeihung Nr. 210. — e) Einrede der Versöhnung Nr. 4. — f) Einrede der Versöhnung begründet auf begehrten, aber nicht geleisteten Beischlaf Nr. 43. — g) der Antrag auf separatio perpetua von Seiten der katholischen Parthei schließt den Antrag auf Trennung der Ehe in bürgerlicher Hinsicht in sich Nr. 2. — h) Temporäre Trennung der Eheleute ist nicht auszusprechen, wenn sie sich vorher schon als unwirksam erweist Nr. 170. — i) Beweislast in Bezug auf die Verweigerung der ehelichen Pflicht Nr. 44. — k) Fassung der Beweisauflage bei Ehescheidungsprozessen Nr. 211. — l) Zulassung unerheblicher Thatsachen in Ehesachen zum Beweise Nr. 45.

3) Kindesrechte. Ist das Kind, das früher als 182 Tage nach geschlossener Ehe geboren wurde, legitim? Nr. 231. —

4) Rechte in Ansehung des Vermögens. Errungenschaftsgemeinschaft. a) Begriff der ehelichen Güterverhältnisse nach heutigem Frankf. Rechte Nr. 75. — b) Vermuthung für die Errungenschaftsqualität eines Vermögens. Obliegenheit eines überlebenden Ehegatten, die Größe des ehelichen Vermögens am Schlusse der Ehe zu constatiren Nr. 198. — c) Bürgschaftsschuld des einen Ehegatten als Eheschuld Nr. 74. — d) Zwangsveräußerung der dem Ehemann zustehenden ideellen Hälfte eines Hauses Nr. 76. — e) Befugniß der Ehefrau, die zur zweiten Ehe geschritten ist, für sich und ihre minderjährigen Kinder, Schulden der ersten Ehe einzutreiben Nr. 96.

B. Von der Vormundschaft.

1) Obervormundschaftliche Vergünstigung Nr. 154. — 2) Vollmacht der Mündel. Zustimmung der Vormünder. Einfluß der Großjährigkeit Nr. 118. — 3) Legitimation der Mutter als Vormünderin ihres unehelichen Kindes Nr. 229. — 4) Einrede, Bekl. habe zur Zeit der Ausstellung eines Wechsels unter Curatel gestanden Nr. 90. — 5) Der Diffessionseid ist auch von den gesetzlichen Vertretern unselbstständiger Personen abzuleisten Nr. 30.

Hauptstück V.

Das Erbrecht.

A. Testamentarische Erbfolge.

Erbeinsetzung mit bedingter fideicommissarischer Substitution Nr. 240.

B. Intestaterbfolge.

1) Intestaterbrecht unehelicher Kinder Nr. 231. — 2) Hat die außerehelich Geschwächte Erbrechte an dem Vermögen des Stuprators Nr. 228.

C. Erwerb der Erbschaft.

1) Vermuthete Erbschaftsantretung Nr. 153. — 2) Den Intestaterben gegenüber muß das Dasein eines Testaments als Einrede vorgeschützt werden Nr. 152. — 3) Confusion der zwischen Erblasser und Erben bestandenen obligatorischen Verhältnisse Nr. 241. — 4) Anerkenntniß eines Testaments von Seiten der auf den Pflichttheil gesetzten Kinder schließt nicht Anerkenntniß der den Pflichttheil verringernden Bestimmungen des Testaments in sich Nr. 199. — 5) Testamentarische Verfügung, die Substanz des Vermögens bis zu einem gewissen Zeitpunkt nicht anzugreifen Nr. 157. — 6) Veräußerung der accrescirten Erbschaft Nr. 67.

D. Vermächtnisse.

1) Verkauf einzelner Gegenstände eines ausgesetzten Legats von Seiten des Erblassers. Aussetzung eines neuen Legats für eine Person, die bereits mit einem Legate bedacht ist Nr. 237. — 2) Das bedingte Legat, wenn eine Person eine Schuld bezahle, wird als unbedingt angenommen, wenn der Erblasser auch die Zahlung erst durch den Nachlaß dieser Person erhalten hat Nr. 235.

E. Universalfideicommiß.

1) Der Fiduciar kann nicht zu wiederholter Cautionsleistung angehalten werden Nr 242. — 2) Trebellianische Quart Nr. 243.

Hauptstück VI.

Von besonderen deutschrechtlichen Güterverhältnissen.

A. Das Lehen.

1) Muß der durch unfreiwilligen Verkauf einzelner Theile eines Grundlehns erzielte Erlös von dem Lehnsträger wiederum in Grundlehn angelegt werden Nr. 204. — 2) Müssen sämmtliche Lehnsinteressenten dem Lehnsträger zur Vornahme einer Administrationshandlung Consens ertheilen Nr. 206.

B. Familienfideicommisse.

Ueber Nutzungsbefugniß des Fideicommißinhabers vergl. p. 450.

Hauptstück VII.

Handels- und Wechselrecht. Lotterie.

1) Disconto. Zahlung gegen Abzug von Sconto Nr. 70.

2) Spedition und Commission. — a) Obliegenheiten des Spediteurs. Beweislast. Substituirung eines öffentlichen Güterschaffners. Beispiele von Unterlassungen, aus denen der Spediteur nicht haftet. Rathsverordnung vom 15. Sept. 1814 Nr. 109. — b) Auslieferungsprovision Nr. 139. — c) Der Committent kann einseitig einen Theil der Commission zurücknehmen Nr. 141.

3) Papiere au porteur. — a) Ein Gläubiger, dessen Forderung in einem Papiere au porteur wurzelt, kann ohne Ablieferung desselben nur dann Zahlung verlangen, wenn ein Grund eintritt, vermöge dessen der Schuldner dem jeweiligen Besitzer des Papiers gegenüber liberirt wird Nr. 5. — b) Gesetz vom 8. Juli 1817 § 4 Nr. 202. — c) Amortisation von Staatspapieren au porteur Nr. 203. — d) Vermuthung für ein Pfandgeschäft bei einem Vertrage über Staatspapiere Nr. 180. — e) Depotgeschäft. Darlehn unter Versatz von Staatspapieren in der Form eines pactum retrovenditionis et emtionis Nr. 181. — f) Vermuthung gegen Annahme eines Kaufes und für Verpfändung von Staatspapieren Nr. 182. — g) S. g. Erlöschungsclausel bei einem Versatzgeschäft von Staatspapieren Nr. 185.— h) Verpflichtung des Faustpfandgläubigers Nr. 183. — i) Einrede des mangelnden Pfandbriefes und der nicht vorhandenen Pfandspecification Nr. 184. — k) Nicht vorhandene specielle Bezeichnung des Pfandobjekts Nr. 186. — l) Zinsenvergütung bei Depotgeschäften Nr. 187. — m) Bloße Prolongation entbehrt des novativen Charakters Nr. 188. — n) Vermuthung wegen des Courses der Staatspapiere Nr. 158.

4) Wechsel. a) Statthaftigkeit der Klage auf den Wechselbetrag in dem Falle, daß die im Art. 74 d. A. D. W. O. zugelassene Vindication des Wechsels nicht mehr vorgenommen werden kann Nr. 174. — b) Grobe Fahrlässigkeit in Betreff der Erwerbung des Wechsels, insbesondere nach Frankf. Platzgebrauch Nr. 175. — c) Ausfüllung eines Blankoindossaments Nr. 8. — d) Einrede, der Aussteller eines Wechsels habe die zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes erforderliche geistige Befähigung nicht gehabt Nr. 89. — e) Einrede, Beklagter habe zur Zeit der Eingehung eines Rechtsgeschäftes unter Curatel gestanden Nr. 90. — f) Einrede, der Wechsel sei zur Sicherung einer Spielschuld ausgestellt worden Nr. 91. — g) Ein Wechsel, für sich allein betrachtet, enthält keinen Beweisgrund für ein gegebenes Darlehn Nr. 8.— h) Der Wechsel allein genügt nicht, um durch Zulassung zum Erfüllungseide den Beweis des Darlehns zu erbringen Nr. 10. — i) Daraus, daß ein Wechsel nicht gezahlt wird, folgt nicht nothwendig, daß der Aussteller des Wechsels sich auf Kosten des Wechselinhabers bereichert habe Nr. 9.

5) Lotterie. a) Was heißt Eigenthümer einer Lotteriecollekte sein? Vertrag in Betreff der Erträgnisse einer Collekte Nr 84. — b) Perfektion des Lotteriespielvertrags. Bestimmung der species bei

dem Hingeben eines genus Nr. 34. c) Eine Rückforderungsklage wird wegen Unbestimmbarkeit des Gegenstandes ausgeschlossen Nr. 12. — d) Klage auf Entschädigung wegen Nichterfüllung Nr. 13. — e) De dolo actio Nr. 14. — f) In Betreff der Buchführung der Lotteriecollekteure vergl. auch Nr. 35 und 36. — g) Kann eine Lotteriecollekte Objekt einer Beschlagnahme sein? Nr. 88.

II. Civilprozeß.

A. Vom Gegenstande des Rechtsstreites.

1) Ein Criminalurtheil kann bei dem Nichtvorhandensein einer Adhäsion dem Civilverfahren nicht präjudiciren Nr. 105. — 2) Das Criminalgericht ist für das Beweisverfahren in Civiladhäsionen die allein zuständige Behörde Nr. 78.

B. Vom Subjekte des Rechtsstreites.

1) Vom Gerichte. Forum contractus Nr. 164. — Vergl. Ueber die Beseitigung der exceptio litis alibi pendentis Nr. 21. —

2) Von den streitenden Theilen. a) Befugniß der Ehefrau, die zur zweiten Ehe geschritten ist, für sich und ihre minderjährigen Kinder Schulden der ersten Ehe einzutreiben Nr. 96. — b) Legitimation der Mutter als Vormünderin ihres unehelichen Kindes Nr. 229. — c) Vollmacht der Mündel. Zustimmung der Vormünder. Einfluß der Großjährigkeit Nr. 118.— d) Die gegen eine Parthei ausgestellte Vollmacht genügt auch gegen den Intervenienten, der dieselbe Streitsache beansprucht Nr. 117.— e) Allgemeines substitutorium. Wesentlich ist in einer Vollmacht die Genehmigung der bisherigen Verhandlungen Nr. 149. — f) Aktivlegitimation Nr. 235. — g) Exceptio deficientis legitimationis passivae Nr. 195.

3) Von den Sachwaltern. a) Gegenseitige Injurien der Anwälte Nr. 65. 121. — b) Der Anwalt kann, je nach der Sachlage, selbst fraus und dolus der Gegenparthei vorwerfen, ohne sich einer Strafe wegen Injurien auszusetzen Nr. 38.

C. Von Klagen und Einreden.

1) Von den Klagen. a) Ist es unzulässige Klagänderung, wenn bei einer Klage aus einem Darlehn in der Replik erklärt wird, die Schuld beruhe auf Abrechnung Nr. 101. cf Nr. 232. — b) Klagänderung. Klagerläuterung. Klagverbesserung Nr. 224. — c) Vorbringen aller Einwände in der ersten Schrift Nr. 87. — d) Zum Klaggrund gehörige Thatsachen Nr. 220. — e) Cautio defensum iri. Nr. 5. — f) Cautio de eventualiter restituendo Nr. 142. — g) Zahlungsmandat an einen außerhalb des Rechtsstreites stehenden Dritten Nr. 73. —

h) Klage aus dem Contrakt. Entschädigungsklage Nr. 69. — i) Klage auf Entschädigung Nr. 13. — k) Actio ex lege Aquilia Nr. 77. — l) De dolo actio Nr. 14. Nr. 223. Nr. 225. — m) Eine Rückforderungsklage wird wegen Unbestimmbarkeit des Gegenstandes ausgeschlossen Nr. 12. — n) Rückforderungsklage wegen Wucher Nr. 106.— o) Begründung der Ehescheidungsklage aus dem Ehebruch Nr. 210. —

2) Von den Einreden. a) Vorbringen aller Einwände in der ersten Schrift Nr. 87. — b) Jüngster Reichsabschied § 37 Nr. 137. Nr. 197. — c) Excipiens non fatetur Nr. 197. — d) Ausnahmen hiervon Nr. 247. — e) Begründung einer Einrede. Aussetzung der Beweisführung derselben bis nach erbrachtem Beweise der Klage. Ausnahme bei der exceptio compensationis Nr. 94. — f) Bei dilatorischen Einreden ist nachträgliche Erledigung mit rückwirkender Kraft verbunden Nr. 207. — g) Die Einrede der Dunkelheit ist vom Richter ex officio zu berücksichtigen Nr. 136. — h) Einrede der Zuvielforderung Nr. 23. — i) Die Zuvielforderung bei alternativen Schuldverbindlichkeiten hat nur auf Anrufen des Beklagten die Abweisung der Klage zur Folge Nr. 230. — k) Einrede der Rechtshängigkeit Nr. 21. — l) Einrede der Vorausklage Nr. 135. — m) Exceptio deficientis legitimationis passivae Nr. 195. — n) Exceptio non num. pec. Nr. 25. Nr. 102. cf. Nr. 31. — o) Rechtsmittel oder Einrede der Erschleichung gegen eine Arrestanlage Nr. 15.— p) Begründung der Einrede der Retention Nr. 80. cf. Nr. 81. — q) Compensationseinrede Nr. 81. Nr. 94. Nr. 238. — r) Einrede der Zahlung Nr. 71. Nr. 246. — s) Einrede der Theilung Nr. 22. — t) Beweis bei der exceptio indebiti Nr. 234 — u) Einrede der Simulation Nr. 32. Nr. 79 — v) Einwände gegen die actio doli Nr. 226. — w) Einrede, der Aussteller eines Wechsels habe die zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes erforderliche geistige Befähigung nicht gehabt Nr. 89 — x) Einrede, der Wechsel sei zur Sicherung einer Spielschuld ausgestellt worden Nr. 91. — y) Einrede, daß die Verlobte unerlaubten Umgangs mit anderen Männern schuldig sei Nr. 248. — z) Einrede der Versöhnung Nr. 4. Nr. 43 — aa) Einrede der Verzeihung Nr. 210. — bb) Einrede der Minderjährigkeit Nr. 24 — cc) Verzicht auf dieselbe durch Ratihabition Nr. 6. dd) Den Intestaterben gegenüber muß das Dasein eines Testamentes als Einrede vorgeschützt werden Nr. 152.

3) Von den Widerklagen. a) Widerklage gegen den Cessionar aus der Person des Cedenten. Verweisung der Widerklage ad separatum Nr. 82. — b) Eine eventuelle Widerklage ist unzulässig. Begründung der Widerklage Nr. 95. — c) Forderungen reconveniendo vel compensando geltend gemacht Nr. 238. — d) Cautio pro reconventione Nr. 133.

D. Rechtshängigkeit. Fristen.

1) Rechtshängigkeit. Einrede der Rechtshängigkeit Nr. 21 —

2) Fristen. Einwilligung des Gegners, eine Nothfrist zu erstrecken Nr. 16. — Vergl. auch Abschnitt H. sub 2.

E. Urtheil. Rechtskraft. Prozeßkosten.

1) Urtheile. a) Die Einrede der Dunkelheit ist vom Richter ex officio zu berücksichtigen Nr. 136. — b) Befugniß des Richters, das

Klaggesuch nach dem Klagvortrag zu ergänzen Nr. 196. — c) Befugniß des Richters, die rechtlichen Folgerungen aus den vorgebrachten Thatsachen zu ergänzen. Nr. 168,— d) Die Insinuation der Schenkung muß vom Richter ex officio berücksichtigt werden Nr. 87. — e) Anwendung des Princips, daß der Richter nicht befugt ist, strengere Ungehorsamsstrafen anzudrohen, als das Gesetz vorschreibt Nr. 172. — f) Wann kann eine endliche Verurtheilung der Prozeßkosten im Falle eines Beweisinterlocuts eintreten? Nr. 147.

2) Rechtskraft. a) Rechtskraft des vorigen Urtheils Nr. 3. — b) Accessionen, die bei einem Interlocute mit Stillschweigen übergangen sind, müssen durch Ausführung eines Rechtsmittels zur Geltung gebracht werden Nr. 126. — c) Die Parthei erkennt bei einem bedingten Erkenntniß die Entscheidung nur untrennbar mit der Bedingung an Nr. 17. — d) Ein Decret, welches auf einseitigen Antrag einer Parthei etwas zum Nachtheil der anderen verfügt, wird der letzteren gegenüber nicht rechtskräftig Nr. 27. — e) Rechtskraft der Entscheidungsgründe Nr. 46. — f) Rechtskraft eines Zwischenbescheids Nr. 209. g) Rechtskraft. Bei dilatorischen Einreden ist nachträgliche Erledigung mit rückwirkender Kraft verbunden Nr. 207. — h) Rechtskraft eines bedingten Urtheils conditione deficiente Nr. 62.

3) Prozeßkosten. a) Grundsätze über Kostenerstattung Nr. 171, 194, 201. — b) Kostencompensation Nr. 83, 104, 110. — c) Eine Zuvielforderung in unbedeutenden Nebenpunkten kann eine Kostencompensation nicht rechtfertigen Nr. 33. — d) Die Ableistung eines richterlichen Eides übt keinen Einfluß auf Erstattung der Prozeßkosten Nr. 54. — e) Wann kann eine endliche Verurtheilung der Prozeßkosten im Falle eines Beweisinterlocuts eintreten Nr. 147. — f) Kostenerstattung, namentlich im ordentlichen Verfahren des Enteignungsprozesses Nr. 244. — g) Umschreibung der Transmissionskosten Nr. 42. — h) Kosten der Aktenversendung Nr. 216. —

F. Vom Beweise.

1) Anticipirter Beweis. Eine mittelst Beibringung von nova in höherer Instanz anticipirte Beweisführung Nr. 233. —

2) Beweislast. a) Gegenstand der Beweisführung bei der Novation Nr. 103. — b) Obliegenheit des Spediteurs. Beweislast Nr. 109. — c) Zum Klaggrund gehörige Thatsachen Nr. 220. — d) Beweis der Beschädigung bei Körperverletzung Nr. 77. — e) Beweislast in Bezug auf die Verweigerung der ehelichen Pflicht Nr. 44. —

3) Beweisauflage. a) Zulassung unerheblicher Thatsachen in Ehesachen zum Beweis Nr. 45. — b) Fassung der Beweisauflage bei Ehescheidungsprozessen Nr. 211. — c) Nicht die Absicht, sondern die Ausführung einer Schenkung kann Gegenstand einer Beweisauflage sein Nr. 146. — d) Unwahrscheinlichkeit des klägerischen Anspruches Nr. 227. — e) Unmögliche Beweisauflage Nr. 119. —

4) Beweisfrist. Frist zur Antretung des direkten Gegenbeweises Nr. 60. —

5) Beweisantretung. a) Versuchter Beweis eines Gewohnheitsrechts Nr. 41. — b) Irrige Bezeichnung des Beweismittels. Benennung der Sachverständigen als Zeugen Nr. 97. — c) Beweis der

Lieferung einer Arbeit durch den Beweis, daß die Arbeit vorhanden ist Nr. 98. — d) Die Gewißheit, daß ein Beweismittel zu keinem für die Beweisführung relevanten Resultat führen konn, verbietet dessen Zulassung Nr. 123.

6) Gegen- und Einredebeweis. Aussetzung der Beweisführung einer Einrede bis nach erbrachtem Beweise der Klage. Ausnahme bei der exc. compensationis Nr. 94.

7) Beweisergebniß im Verhältniß zum Beweissatz. Beweis per aequipollens Nr. 125.

8) Zeugenbeweis. a) Ein früheres Dienstverhältniß des Zeugen zu dem Producenten beeinträchtigt die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht Nr. 53. — b) Ist der Unterhändler eines Geschäftes an und für sich ein verdächtiger Zeuge? Ist die Courtage ein solcher Vortheil, der den Zeugen verdächtig macht? Nr. 111. — c) Ist der Zeuge, der früher fallit war oder noch fallit ist, verdächtig? Nr. 112. — d) Glaubwürdigkeit der von beiden Partheien producirten Zeugen. Allgemeine Verdachtsgründe Nr. 92. — e) Ueber welche Thatsachen können Richter als Zeugen aufgerufen werden? Nr. 122. — f) Zeugenaussagen über Thatsachen, über die der Zeuge nicht vorgeschlagen wurde Nr. 51. — g) Beweiskraft discursiver Aeußerungen, deren Veranlassung unaufgehellt bleibt Nr. 222.

9) Urkundenbeweis. a) Die Editionspflicht erstreckt sich nicht auf die Qualität der zu edirenden Urkunden Nr. 35. — b) Unter welchen Bedingungen sind die Geschäftsbücher gemeinschaftliche Urkunden? Nr. 143. — c) Eine mit drei Kreuzen unterzeichnete Urkunde muß recognoscirt werden Nr. 166. — d) Die Buchführung muß in ihrem Complex eine klare Einsicht über die ganze Geschäftsführung gewähren, um ein Privileg beanspruchen zu können Nr. 36. — e) Beweiskraft eines Schuldscheines über eine zur Zeit seiner Errichtung bereits bestehende Schuld Nr. 232. — f) Beweiskraft der Schuldscheine über Darlehn durch Novation früherer Forderungen Nr. 100. — g) Beweiskraft des von einem Handwerksmeister vor der Arbeit gemachten Ueberschlags Nr. 99.— h) Gerichtliches Zeugniß Nr. 150.— i) Beweiskraft der Urkunden gegen den Producenten Nr. 85. — k) Der Diffessionseid ist von den gesetzlichen Vertretern unselbstständiger Personen abzuleisten Nr. 30.

10) Beweis durch Eid. a) Cumulative Eideszuschiebung über eine und dieselbe Thatsache Nr. 52. — b) Eidesdelation über Meinungen und Gedanken Nr. 124. — c) Juramentum decisorium Nr. 56 — d) Erfüllungseid de credulitate, weil der Vormann unbedenklich zum suppletorium de veritate zuzulassen war Nr. 93. — e) Ein Wechsel allein genügt nicht, um durch Zulassung zum Erfüllungseide den Beweis des Darlehns zu erbringen Nr. 10. — f) Eid über die Höhe der Entschädigungssumme bei Körperverletzung Nr. 77. — g) Der Diffessionseid ist von den gesetzlichen Vertretern unselbstständiger Personen abzuleisten Nr. 30 — h) Stellvertretung bei dem Bosheitseid Nr. 162. — i) Die Ableistung eines richterlichen Eides übt keinen Einfluß auf Erstattung der Prozeßkosten Nr. 54.

11. Künstlicher Beweis. Künstlicher Beweis basirt auf Vermuthungen Nr. 132.

12) Sachverständigenbeweis. a) Irrige Bezeichnung des Beweismittels. Benennung der Sachverständigen als Zeugen Nr. 97.

b) Unzulässigkeit des Sachverständigenbeweises Nr. 213. — c) Wiederholung der Expertise Nr. 55. — d) Die Zuziehung von Sachverständigen von Seiten des Gerichtes zur Prüfung einer Buchführung begründet keine Richtigkeit Nr. 36.

G. Summarische Prozesse.

1) Arrestprozeß und Arrest. Rechtsmittel oder Einrede der Erschleichung gegen eine Arrestanlage Nr. 15.

2) Besitzstreitigkeiten. Interdictum quod vi aut clam in Verbindung mit dem petitorium Nr. 20.

3) Insatzausklageprozeß. Pacht und Miethgelder während des Insatzausklageprozesses Nr. 239.

4) Expropriationsprozeß. a) Uebereinstimmendes zweites Gutachten der Experten nach dem Entäußerungsgesetz vom 22. Juni 1847 Nr. 217. — b) Verschiedene Gutachten der Sachverständigen in Betreff der Bauplatzqualität eines enteigneten Grundstückes Nr. 218. — c) Kostenerstattung, namentlich im ordentlichen Verfahren des Enteignungsprozesses Nr. 244.

H. Von den Rechtsmitteln.

1) Berufung. a) Rechtsmittel oder Einrede der Erschleichung gegen eine Arrestanlage Nr. 15. — b) Wenn der Richter, die Statthaftigkeit des Rechtsmittels voraussetzend, in die Materialien eingegangen ist, so stehen der Parthei weitere ordentliche Rechtsmittel frei Nr. 26. — c) Accessionen, die bei einem Interlocute mit Stillschweigen übergangen sind, müssen durch Ausführung eines Rechtsmittels zur Geltung gebracht werden Nr. 126. — d) Schadensersatz als Incidentantrag zuerst in höherer Instanz gefordert Nr. 120. — e) Eine mittelst Beibringung von nova in höherer Instanz anticipirte Beweisführung zur Beseitigung eines Beweisverfahrens Nr 233. — f) Adhäsionsbeschwerde Nr. 155. — g) Reviviseiren einer in der vorigen Instanz gestellten Beschwerde Nr. 11. — h) Eine reformatio in pejus greift nicht Platz, wenn ein Klagposten im ersten Urtheil mit Stillschweigen übergangen ist und der Kläger in 2ter Instanz eine Entscheidung verlangt Nr. 140. — i) Einwendung der Extrajudicial-Appellation Nr. 127. — k) Umschreibung der Transmissionskosten Nr. 42. — l) Kosten der Aktenversendung Nr. 216.

2. Restitution. a) Restitutionen werden nur wegen Fristversäumnissen, nicht wegen anderer Versehen der Anwälte ertheilt Nr. 128. — b) Restitution wegen versäumter Nothfrist wird nur wegen Versehen des Anwaltes, nicht wegen Verschulden der Parthei ertheilt Nr. 131. — c) Rechtsirrthum ist kein Grund zur Restitution Nr. 163.

3) Nichtigkeit. Die Zuziehung von Sachverständigen von Seiten des Gerichtes zur Prüfung einer Buchführung begründet keine Nichtigkeit Nr. 36.

4) Einfache Beschwerden. Einfache Beschwerden gegen Verfügungen des Unterrichters Nr. 134.

I. Executionsinstanz.

1) Kann eine Lotteriecollekte Objekt einer Beschlagnahme sein? Nr 88. — 2) Vollziehung eines auswärtigen Urtheils Nr. 165. — 3. Der Creditor erwirbt durch die von dem Executor vorgenommene Veräußerung des pignus judiciale das Eigenthum an dem Erlöse, sobald der Executor denselben in Besitz nimmt Nr. 176. — 4) Zwangsveräußerung der dem Ehemanne zustehenden ideellen Hälfte eines Hauses. Nr. 76.

Vom Gläubiger-Concurse.

1. Einfluß des Concurses auf das von dem Cridar eingegangene, aber noch nicht von beiden Seiten erfüllte Rechtsgeschäft in besonderer Anwendung auf eine Cession von Forderungen in Pausch und Bogen Nr. 179. — 2 Eine Concursmasse kann das Armenrecht bei ihrer Prozeßführung nicht beanspruchen Nr. 177. —

Druckfehler.

Lies	p. 21	Z. 8	v. u.	Kläger st. Beklagten.	
„	„ 286	„ 5	v. u.	Kläger st. Beklagten.	
„	„ 320	„ 3	v. o.	157 st. 158.	
„	„ 393	„ 2	v. o.	werden st. worden.	
„	„ 397	„ 13	v. o.	gesetzt sein wird.	
„	„ 420	„ 19	v. o.	7. Juni 1774 st. 7. Jan. 1776.	
„	„ 420	„ 25	v. o.	„ „ „ „ „	
„	„ 423	„ 6	v. o.	Kläger st. Beklagten.	
„	„ 424	„ 12	v. o.	p. st. §.	

Römer, Joh. Jac.

Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen mit Berücksichtigung der Erkenntnisse der frü heren Instanzen
Bd.: 1

Frankfurt a. M. 1854